

## アメリカ合衆国における社会的課題と司法審査 比較衡量を中心とした考察

著者	高橋 靖
雑誌名	甲南法務研究
巻	17
ページ	75-104
発行年	2021-03
URL	<a href="http://doi.org/10.14990/00003834">http://doi.org/10.14990/00003834</a>

# アメリカ合衆国における社会的課題と司法審査 ——比較衡量を中心とした考察——

元甲南大学企業法務研究所客員研究員 高橋 靖

## はじめに

本稿は、アメリカ合衆国における社会的課題の改善と司法審査の経緯を整理し、合わせて比較衡量を中心としたその手法の可能性を考察するものである。第1章では、前半部分で司法審査を考えるための四つの視点を提示し、連邦最高裁の条項解釈の方向としての州際通商条項の判例と、明文化されていない権利に関してプライバシーの契機を紹介する。後半部分では、社会的課題と近代の関係につき感染症を例にとり探るとともに、中絶問題をとりまく女性の役割をめぐる議論や背景についても述べる。第2章においては、司法審査の手法としての比較衡量を包括的に検討する。定義や背景事実をまとめ、個別的比較衡量の問題点をあげて定義づけ比較衡量などを考察する。アレイニコフ論文を参照しながら、第1修正にかかる表現の自由および第4修正にかかる刑事手続における比較衡量の判例を確認する。第3章では第1章と第2章を受けて、中絶問題に対し、比較衡量としてとらえたトライメスター基準と不当な負担基準を定式化して、判例でどのように適用されているかを分析する。また人間・生命をめぐる倫理的な検討から、社会的課題としての同問題の本質を考える。義務論的・絶対的倫理観に固執すると問題改善が困難になるのではないかという問いがだされる。そのうえで、文面上違憲の判断基準を精緻化できれば、社会的課題に対して定義づけ比較衡

量が貢献できる可能性をあげる。

## 1 司法審査と社会的課題

### 1.1 司法審査をめぐる視点

#### 1.1.1 司法審査と四つの視点

前稿で、1973年のRoe判決<sup>1)</sup>について「さまざまな基準に基づく選定において、すべての場合に選ばれた<sup>2)</sup>」が、同判決の四つの論点のすべてに対して激しい批判があったとした<sup>3)</sup>。最も注目され、かつ多くの批判があるわけだが、本稿では、それらの要因や背景を整理することからはじめたい。まず、Roe判決における四つの論点とは、第一に、中絶の歴史分析に多くの頁をさいたこと、第二に、①第14修正のデュープロセス条項で保護された「自由」は、②「基本的な権利」とみなせる③プライバシーの権利を含み、③プライバシーの権利は、④中絶するか否かの女性の決定権を含む、と解したこと、第三に、第14修正における「人」は未出生者を含まないと指摘したうえで、人の定義については判断しないとしたこと、第四に、④女性の決定権は無条件ではなく（出生前の生命の保護など）重要な州の利益と衡量される必要があると判断したことである。便宜上、第一点を歴史分析、第二点を女性の権利、第三点をパーソン論、第四点を比較衡量とする。

次に、1803年のMarbury判決からはじまった司法審査を論ずる際、阿川に言及して、1787年の憲法案起草、南北戦争（1861-1865）後の第14修正な

1) Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

2) 高橋 [2020] 61頁。

3) 高橋 [2020] 63頁。

どの成立（1866-1868）、連邦最高裁のニューディールをめぐる連邦行政・立法部との対立と憲法解釈の大きな変化（1935-1937）を憲法史上の革命的な転換点とすると述べた<sup>4)</sup>。これに基づき各転換点をつなぐと、1787-1867年を第一期、1868-1937年を第二期、1938年以降を第三期と考えることができる。「裁判所の役割として異論がないものは、紛争の解決機能と憲法、法律の解釈機能であろう<sup>5)</sup>」と述べたが、これを第一の視点とする。また、松井は合衆国憲法の個人の権利保障の特徴を、第一に、権利章典のうち、第1から第8修正は連邦政府にのみ適用で、明文で州の行為を制限するのは第13、14、15修正しかないこと、第二に、権利章典の規定がきわめて少なく、財産権・経済的自由の保障は規定自体がないこと、第三に、もっぱら自由権で、生存権も労働基本権もないことというが<sup>6)</sup>、松井の第一点に関連し、何が州に対しても保護される憲法上の権利なのかという問題があり、これを第二の視点とする。加えて松井の第二点および第三点に関連して、憲法上明文の根拠をもたない権利をどう扱うのかという課題があり、これを第三の視点とする。さらに、「司法積極主義とは、社会的課題の是正に貢献するため実体的結果と法理に基づく判決をとものにめざすものとする<sup>7)</sup>」としたが、これを第四の視点としたい。

さて、ここで各期間と視点の関係について整理してみる。基本的に合衆国憲法は州と連邦の関係を規定しており、第一期の間、連邦最高裁の役割は紛争解決に際し、その州と連邦の関係に関する憲法、法律の条項解釈を中心とした。すなわち、第一期には第一の視点を中心であった。一方、第13、14、15修正が加えられたあとの第二期からは、第一の視点

と合わせて、州に対しても保護される憲法上の権利をめぐる第二の視点、憲法上明文の根拠をもたない権利に関する第三の視点も考える必要がある。第二と第三の視点に関係して、第14修正に基づく実体的デュープロセス論を展開した、1905年のRochner判決<sup>8)</sup>に代表される労働者保護を目的とする社会規制に対する違憲判例は、本稿での意図とは異なるが、やはり司法積極主義という用語で批判される。また、第四の視点と密接に関係するウォーレン・コート（1953-1969）は、第三期に存在した。まとめると、第一期には第一の視点、第二期から、第二、第三の視点、第三期からは、すべての視点が重要となる。

そこで、Roe判決における四つの論点とこれらの視点の関係を検討する。第一点の歴史分析は、社会的課題の是正に貢献するため実体的結果と法理に基づく判決をとものにめざすとする第四の視点のうち、実体的結果を求めて関連する社会科学の援用を試みたと解することができる。次に、第二点の女性の権利は、①第14修正のデュープロセス条項で保護された「自由」という部分で、何が州に対しても保護される憲法上の権利なのかという第二の視点と強い関連があり、また、①が含む、②「基本的な権利」とみなせる③プライバシーの権利という部分で、憲法上明文の根拠をもたない権利をどう扱うのかという第三の視点とむすびつく。さらに第三点のパーソン論も、第四の視点のうち、実体的結果をもとめて関連する倫理学と関わる分野である。最後に、第四点の比較衡量は、司法審査など紛争の解決機能と憲法、法律の解釈機能という第一の視点そのものにかかるものといえる。このように考えると、Roe判決の論点は四つの視点のすべてを含むことになる。さらに、1.2.2で述べるように、女性および家族の役

4) 高橋 [2020] 46頁。

5) 高橋 [2020] 47頁。なお、高橋 [2018] 79頁も参照。

6) 松井 [2008] 131-132頁。

7) 高橋 [2020] 58頁。これは、戸松の「司法積極主義・消極主義は、憲法裁判の実態を分析し説明するための概念であるから、論者が都合よいと思う意味づけをすればよいのであり、何が正しい意味づけかを問う必要はない」（戸松 [2008] 416頁、注1）という見解を受けたものである。

8) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)。

割という第四の視点に関連した訴訟の論点以外の要因、背景があり、Roe 判決が重大な関心を今でももたれる理由が理解できる。

### 1. 1. 2. 州際通商規制とプライバシーの権利

最高裁の役割は合衆国憲法の条項解釈であるという第一の視点に立てば、第一期におけるそれは、主に州際通商規制（第1編8節3項）<sup>9)</sup>、必要適切条項（第1編8節18項）<sup>10)</sup>、契約条項（第1編10節1項）<sup>11)</sup>に基づく争点に関する条項解釈であった。必要適切条項と契約条項については別の機会に論じたので<sup>12)</sup>、ここでは州際通商規制につき述べるが、この分野の主な論点は、連邦議会の関連立法がある場合、連邦議会の権限のおよぶ範囲はどこまでかと、連邦議会の関連立法がない（休眠である；dominant）場合、州の規制権限はどこまで認められるのかであった。

さて、州際通商規制の主要な論点がはじめて示された判決は1824年のGibbons 判決<sup>13)</sup>である。同判決は1819年のMcCulloch 判決<sup>14)</sup>と同じくマーシャル首席裁判官によるもので、文面解釈については「当裁判所は、この（条項の意味を）狭く厳密に解釈することの優位性を認めず、それを合衆国憲法はこのような解説されるべきだというルールとして適用することはできない<sup>15)</sup>」として広義の解釈を採用した。そして、州際通商の定義について「通商は、疑いも

なく運輸（traffic）だが、しかしより大きなもので、交通（intercourse）であり、商的交通を記述する<sup>16)</sup>」とし、「“通商”という用語を、航行を含むものと理解している<sup>17)</sup>」と判示して、通商は、商取引としての運輸だけではなく商的交通も含み、また航行も含むとしたのである。さらに、第一の論点である連邦議会の権限のおよぶ範囲について、「州間の通商は、各州の州境線で止まることはできず、州内部まで導入されるかもしれない<sup>18)</sup>」が、「（州間の通商は、）州内の人びと間、州内の地域間で実行され、他州に上げられず、影響しない通商を含まず、そのような権限は不便で、確実に不必要である<sup>19)</sup>」ため、「完全に州内の通商（規制権限）は、州自身に保持されている<sup>20)</sup>」とし、州際通商（および規制権限）は州内におよぶが、完全に州内のみで完結する通商にはおよばず、逆に州に権限があると定義した。次に、第二の論点である連邦議会による関連立法がない（休眠通商条項の場合の州の規制権限の有効性については、連邦議会に専属的な権限があるかどうか明言を避け、連邦沿岸法の存在を理由に憲法準拠法の最高法規性を根拠として州法を無効とした。そのあと、休眠通商条項の1829年のBlack Bird 事件<sup>21)</sup>と1837年のMayor 事件<sup>22)</sup>では、連邦議会が規制権を行使していないとして州の活動を合憲とし、州のポリスパワーを認めて規制を支持する判決がでた。休眠通商条項の場合にも連邦議会

9) 本稿における合衆国憲法の条文は、アメリカンセンター JAPAN の以下の URL のものを使用している。https://americancenterjapan.com/aboutusa/ 本規制の条文は「連邦議会は、諸外国との通商、各州間の通商…を規制する権限を有する」である。

10) 条文は「連邦議会は、上記の権限およびこの憲法により合衆国政府またはその部門もしくは官吏に付与された他のすべての権限を行使するために、必要かつ適切なすべての法律を制定する権限を有する」である。

11) 条文は「州は、…契約上の債権債務関係を害する法律を制定…してはならない」である。

12) 高橋 [2020] 必要適切条項については 47-48 頁、契約条項については 51-52 頁で述べた。

13) Gibbons v. Ogden, 22 U.S. 9 Wheat. 11 (1824).

14) McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316 (1819).

15) Gibbons, 22 U.S., at 188.

16) Gibbons, 22 U.S., at 190.

17) Gibbons, 22 U.S., at 190.

18) Gibbons, 22 U.S., at 194.

19) Gibbons, 22 U.S., at 194.

20) Gibbons, 22 U.S., at 195.

21) Willson v. The Blackbird Creek March Co., 27 U.S. (2 Pet.) 245 (1829).

22) Mayor of the City of New York v. Miln, 11 Pet. (36 U.S.) 102 (1837).

に専属的な権限があるかの判断は、1851年のCooley判決<sup>23)</sup>において示される。「権限の性質が連邦議会による専属的な行使を要求するとされるときは、権限の対象に言及し、対象は連邦議会による専属的な法制を要する性質だと述べるよう、めざされるべきである<sup>24)</sup>」と述べたうえで、「すべての港における合衆国の通商について、単一の統一ルールの平等な運用を命令的に要求するものもあり、地域的な航海の必要性に合致できるだけの多様性を要求するものもある<sup>25)</sup>」として、前者のような単一の統一ルールを要するものには休眠通商条項の場合にも連邦議会に専属的な権限があり、それ以外のものにはないと判示した。

ここから100年あまりの判例の傾向は次のようになる。1895年E.C.Kinght判決<sup>26)</sup>は、マーシャル首席裁判官の意図に反し連邦議会の権限を狭くとらえる条項解釈をしたが、1905年のSwift判決<sup>27)</sup>、1911年のHipolite判決<sup>28)</sup>、1914年のShreveport判決<sup>29)</sup>などは連邦議会の権限を広く解釈した。また対象についても社会道徳的なものを範囲に含める、その意味で広い条項解釈が、1903年のLottery事件<sup>30)</sup>や1913年のHoke事件<sup>31)</sup>でなされた。しかし、連邦政

府の社会経済規制を違憲とみなすRochner時代の進展にともない、1918年のHammer判決<sup>32)</sup>、1935年のAlton判決<sup>33)</sup>、同年のShechter判決<sup>34)</sup>、1936年のCarter判決<sup>35)</sup>などでは、生産、製造、鉱業などを連邦議会の権限外とし、州際通商への影響を“直接的”と“間接的”にわけて、“間接的”なものは連邦議会の権限外とするような狭い条項解釈が広がった。再び広い条項解釈になるのは、第二期から第三期に移る時期である1937年のNLRB判決<sup>36)</sup>からである。1941年のFilburn判決<sup>37)</sup>はこの流れを確定した。それ以外の第三期のものは別の機会に述べたい。

憲法上明文の根拠をもたない権利に関する第三の視点を考える際、どうしてもプライバシーの権利にふれる必要があるため、最小限の範囲で言及する。芦部はプライバシーの権利を「初期の段階では、コモン・ローの不法行為法上の権利として、…用いていた<sup>38)</sup>」とし、1890年のウォレンとブランドイスの共同論文を「この権利のその後の発展を先導し基礎づけた<sup>39)</sup>」という。そこで同論文を確認すると、「次第に、これらの（身体や財産に対する）法的権利は拡張され、そして今や人生に対する権利は、人

23) Cooley v. Board of Wardens of the Port of Philadelphia, 53 U.S. 299 (1851).

24) Cooley, 53 U.S., at 319.

25) Cooley, 53 U.S., at 319.

26) United States v. E.C. Knight Co., 156 U.S. 1 (1895).

27) Swift & Co. v. United States, 196 U.S. 375 (1905).

28) Hipolite Egg Co. v. United States, 220 U.S. 45 (1911).

29) Houston E. & W. Texas Ry. Co. v. United States (Shreveport Rate Case), 234 U.S. 342 (1914).

30) Champion v. Ames (The Lottery Case), 188 U.S. 321 (1903).

31) Hoke v. United States, 227 U.S. 308 (1913).

32) Hammer v. Dagenhart, 247 U.S. 251 (1918).

33) Railroad Retirement Board v. Alton Railroad Co., 295 U.S. 330 (1935).

34) Schechter Corp. v. United States, 295 U.S. 495 (1935).

35) Carter v. Carter Coal Co., 298 U.S. 238 (1936).

36) NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp., 301 U.S. 1 (1937).

37) Wickard v. Filburn, 317 U.S. 111 (1942). 同判決は、“製造”や州際通商への影響が“間接的”なものを州際通商規制の対象から外すという先例を明確に否定している。判示部分は次のとおり。

Filburn, U.S., at 120. 「1938年農業調整法がマーケティングよりも生産、または消費の規制であると考えられないようにという政府の懸念は、“生産”“製造”および“鉱業”のような活動の州際通商への影響は、法的に“間接的”にすぎないため、それら活動は“地域的”で、本事件では現れていない特殊な状況の場合を除いて、通商権限にしたがい規制されえない（という解釈）がそっとりさげられたと理解されるべきかもしれない、という当裁判所のいくつかの意見と判断に貢献している。」

38) 芦部 [1994] 368頁。

39) 芦部 [1994] 368-369頁。



生を楽しむ権利；一人にしておいてもらう権利；を意味するようになってきた<sup>40)</sup>』といい、プライバシーの権利を一人にしておいてもらう権利と定義している。またプライバシーの権利の限界として「1. プライバシーの権利は、公共または一般的な利益となる事項の出版を禁止するものではない<sup>41)</sup>」こと、「2. プライバシーの権利は、出版が名誉棄損や煽動の法にしたがって（法廷における）それを免責された情報伝達という環境下で行われたとき、いかなる事項の報道も禁止するものではない<sup>42)</sup>」こととし、ブランドイスらは、プライバシーの権利と公開の関係も考察していることが理解される。さらにブランドイスは、連邦最高裁の裁判官となった1928年のOlmstead判決<sup>43)</sup>の反対意見<sup>44)</sup>で政府による盗聴について「被告人は、政府の盗聴は不合理な搜索と押収を構成して第4修正違反であること、および、盗み聞きした会話を証拠として使用することは、被告人に自己に不利な証言を強いるという第5修正違反であること、という根拠に基づいて盗聴によってえられた自白の証拠に異議を唱えた<sup>45)</sup>」として、盗聴は第4修正違反、盗聴による証拠の使用は第5修正違反であると判示した。違法な搜索や押収によりえられた証拠の使用については、第4修正に関する比較衡量アプローチと関連して2.2.2でも論じられる。ただし、ブランドイス裁判官は、違法な搜索や

押収による証拠の使用だけでなく、通信技術の発展に基づく盗聴自体を違法な搜索や押収であるとして批判し、その対抗手段としてプライバシーの権利を提唱したのである。社会が変化するにしたがって、法的権利も進歩発展すべきだという考えが感じられる。芦部はこれを受けて多くのプライバシーの権利に基づく判例が積み上げられたといい<sup>46)</sup>、不法行為法上は「①氏名ないし肖像の盗用、②不合理な（もしくはきわめて不快な）私生活への侵入、③私事の公開、④公衆に誤認させるような公表、の四つの場合に類型化<sup>47)</sup>」されるとした。1.1.1で述べたように、Roe判決でもプライバシーの権利は用いられた。1992年のCasey判決<sup>48)</sup>はプライバシーの権利という用語は使わなかったが、オコナー裁判官らは共同意見において「これらの（先例であげられた）事項は、…第14修正によって保護されている自由の中核である」として、「自由の本質（the heart of liberty）は、存在、意義、宇宙、および人生の神秘について、自ら自身の考えを定義する権利である<sup>49)</sup>」とした。この権利（自由）は、個人的という観点からみれば、プライバシーの権利に近いかもしれない。

40) Warren & Brandeis (1890), at 193.

41) Warren & Brandeis (1890), at 214.

42) Warren & Brandeis (1890), at 216.

43) Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928).

44) Olmstead, 277 U.S., at 471-485.

45) Olmstead, 277 U.S., at 471.

46) 芦部〔1994〕 芦部は372頁、注(4)で、Roe判決までのプライバシーに関する判例として、次のものをあげた。Loving v. Virginia, 338 U.S. 1 (1967) (結婚)；Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972) (避妊)；Moore v. East Cleveland, 431 U.S. 494 (1977) (家族構成)；Zablocki v. Redhail, 434 U.S. 374 (1978) (結婚)；Parham v. J.R., 442 U.S. 584 (1979) (子どもの養育)。なお、墮胎（中絶）の判例として1986年のThornburgh判決もあげられているが、同判決は中絶を論じる箇所で紹介する。

47) 芦部〔1994〕 369頁。なお、Prosser (1960), at 389.の分類は次のとおりであり、筆者の和訳を添付した。1. Intrusion upon the plaintiff's or solitude, or into his private affairs. (原告の閑居または独居、あるいは私生活に侵入すること) 2. Public disclosure of embarrassing private facts about the plaintiff. (原告の他人に知られたくない私的事実を公開すること) 3. Publicity which places the plaintiff in a false light in the public eye. (原告への公衆の視点を誤らせるような公表をすること) 4. Appropriation, for the defendant's advantage, of the plaintiff's name or likeness. (被告にとって有利となるよう原告の氏名、または肖像を用いること)

48) Planned Parenthood of South eastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

49) Casey, 505 U.S., at 851.

## 1.2 社会的課題と転換期

### 1.2.1 感染症と近代

COVID-19という、病原体がRNA ウィルス<sup>50)</sup>である感染症が大規模に流行している。この問題はいまだ未知の部分が多いが、わかる範囲で整理してみたい。個体レベルにおける感染<sup>51)</sup>が成立して何らかの症状や徴候が現れると感染症となるが、ジャレド・ダイヤモンドは人間だけがかかる集団感染症について、「動物由来の病気は、四つの段階を経て、人間だけがかかる病気に変化する<sup>52)</sup>」という。ダイヤモンドの見解をまとめると、第一に「われわれがときおり動物や家畜から直接うつされる<sup>53)</sup>」段階、第二に「人間のあいだで直接感染するように<sup>54)</sup>」なる段階、第三に「絶滅しておらず、かつ…大量の犠牲者を出すかどうかはまだ不明な<sup>55)</sup>」段階、第四に「人間だけがかかり、…大流行する<sup>56)</sup>」段階となる。すなわち、身近にいる動物や家畜から病原菌が自らの繁殖のため宿主を人間に切り替えようとはかったことになる。ダイヤモンドは、集団感染症には一定以上の人口密度と家畜化された群居性の動物が必要で、ヨーロッパ（旧大陸）からアメリカ大陸に16世紀に多くの集団感染症が一方的に拡散したのは、家畜化された群居性の動物<sup>57)</sup>の種類の差に起因すると考えた。近代の大航海時代にヨーロッパ

勢力が南北アメリカ大陸を支配した歴史的事実には、集団感染症も大きな役割をはたしたのである。すなわち、人間と病原体が接触すると、人間だけがかかる集団感染症が生じやすいという事実がある。

次に、このような病原体を利用した兵器に対する体制を確認する。1925年にジュネーブ議定書<sup>58)</sup>が発効したが、同議定書では開発、生産、保有が制限されず、効果は限定的であった。1966年に第21回国連総会で化学兵器及び生物兵器の使用を非難する決議が採択され、1969年にウ・タント事務総長が報告書「化学・細菌兵器とその使用の影響」を提出して生物化学兵器規制問題の議論が活発化した。1971年に軍縮委員会で生物兵器禁止条約が作成され、1972年に署名されて、1975年に発効したが、アメリカは「防衛的手段の研究を除いて」批准した。つまり部分的に条約が適用されない分野<sup>59)</sup>がある。またこれらは拘束力をもつ条約だが、条約の遵守を検証する手段を定めず、締結国の相互協議や安全保障理事会への苦情申立権があるのみである。しかし、重大な国際的対立がある場合、申し立てても拒否権により安全保障理事会が機能しないことが多い。これを懸念し、1980～2002年に再三、再検討の場<sup>60)</sup>がもたれたが、有効な改善はできなかった。生物兵器が条約により完全に禁止されているとはいいがた

50) 医療情報科学研究所編 [2018] ウィルスは「核酸（ウィルス拡散）とタンパク質の殻（カプシド）からできており、さらに外側を脂質二重膜（エンベロープ）に包まれたものもある」。272頁。ウィルスにはDNAウィルスとRNAウィルスがあるが、コロナウィルスは、一本鎖（+鎖型）のRNAウィルスで、カプシドはらせん状、エンベロープ上に糖タンパク質のスパイクをもつ。なお、273頁の分類表を参照。

51) 医療情報科学研究所編 [2018] 146頁。個体レベルにおける感染とは、病原微生物（病原体）がさまざまな感染経路を通して宿主の組織・臓器に定着・侵入・増殖し、生体に何らかの反応が生じた状態をいう。病原体には、真核生物である寄生虫と真菌（1～10μm）、原核生物である細菌（1μm程度）、その他のウィルス（20～300nm）、プリオンがある。148頁。

52) ダイヤモンド（倉骨訳）[2012] 380頁。

53) ダイヤモンド（倉骨訳）[2012] 380頁。

54) ダイヤモンド（倉骨訳）[2012] 381頁。

55) ダイヤモンド（倉骨訳）[2012] 382頁。

56) ダイヤモンド（倉骨訳）[2012] 383頁。

57) ダイヤモンド（倉骨訳）[2012] 311頁。ダイヤモンドによると、ヨーロッパで家畜化の候補となりうる陸生の大型草食動物は148種類いたが、実際に家畜化されたのは14種だけであるとし、残り134種が家畜化されなかった理由として、餌の問題、成長速度の問題、繁殖上の問題、気性問題、パニックになりやすい性格の問題、序列制のある集団を形成しない問題、の六つをあげた。

58) 正式名称は「窒息性ガス、毒性ガスまたはこれらに類するガスおよび細菌学的手段の戦争における使用の禁止に関する議定書」である。

59) 具体的には、平和（防衛）目的の防御服、マスク、除染手段、ワクチン等の開発は容認されている。

60) 具体的には、1980、86、91、97、2001～2002年の5回、再検討の機会がもたれた。

い。

では、遺伝子組換え実験の管理についてはどうか。国連での生物兵器禁止条約に連動して遺伝子組換え実験の危険性に対する認識が高まり、1975年科学者の社会的責任と実験の規制に関するアシロマ会議<sup>61)</sup>が開かれた。わが国でも組換えDNA実験指針<sup>62)</sup>がだされ、1983年にはWHO実験室バイオセーフティ指針が発表された。これらは実験室から遺伝子組換え生物が流出しないよう段階的な規制を定めたものである。また1994年の生物多様性条約の発効に基づき2000年にはモントリオールでカルタヘナ議定書<sup>63)</sup>が採択された。わが国は2003年に同議定書を批准し、2004年には組換えDNA実験指針の法制化と合わせて遺伝子組換え実験規制法（カルタヘナ法）<sup>64)</sup>が制定されたのである。同年にはWHO実験室バイオセーフティ指針第3版<sup>65)</sup>が発表され<sup>66)</sup>、2006年にマニュアルとして実験室施設バイオセキュリティガイダンス<sup>67)</sup>が開示

された。遺伝子組換え実験について一定の法的整備はなされたと判断される。わが国のバイオセーフティ関連の体制を概観すると、第一に、安全管理として、生物多様性の確保を目的とするカルタヘナ法、病原体の拡散防止を目的とする感染症法（厚労省）と家畜伝染病予防法（農林水産省）があり、第二に、生命倫理として、ヒト検体の使用・臨床研究についての倫理的配慮、過度な苦痛をあたえないといった動物実験についての配慮がある。しかしながら、カルタヘナ法の目的は、もとなる生物多様性条約・カルタヘナ議定書の趣旨から「施設等の外の大気、水又は土壤中に当該遺伝子組換え生物等が拡散することを防止するために執る」拡散防止措置を執らないで行う使用等（第一種使用等）、措置を執って行う使用等（第二種使用等）を管理することで<sup>68)</sup>、そのような生物を研究し、遺伝子組換えすること自体を禁ずるものではない。また、医学・疫学的な研究についてこれを禁ずることはむしろ困難であ

61) アメリカ合衆国カリフォルニア州アシロマにおいて開催されたことからこうよばれる。28か国から140人ほどの専門家が参加した。同会議の要約文書がネットに掲載されている。

[http://dbarchive.biosciencedbc.jp/archive/diam\\_safety\\_literature/LATEST/document/098/098-fulltext.pdf](http://dbarchive.biosciencedbc.jp/archive/diam_safety_literature/LATEST/document/098/098-fulltext.pdf)

62) 正式名称は、平成14年1月31日文部科学省告示第5号である。同指針の目的は、組換えDNA実験の安全を確保するために必要な基本条件を示し、もって組換えDNA研究の推進を図ること、と規定されている。

[https://www.anim.med.kyoto-u.ac.jp/NEW\\_ILA/reports/v5/v5\\_p097\\_DNA%20sisin.pdf](https://www.anim.med.kyoto-u.ac.jp/NEW_ILA/reports/v5/v5_p097_DNA%20sisin.pdf)

63) (生物の多様性に関する条約の) バイオセーフティに関するカルタヘナ議定書。同議定書の背景について外務省は「遺伝子組換え生物等…が生物の多様性の保全及び持続可能な利用に及ぼす可能性のある悪影響を防止するための措置を規定しており、生物の多様性に関する条約…第19条3に基づく交渉において作成された」と説明している。

<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kankyo/jyoyaku/cartagena.html>

64) 正式名称は、遺伝子組換え生物等の使用等の規制による生物の多様性の確保に関する法律（平成15年法律第97号）である。

[https://www.maff.go.jp/j/syouan/nouan/carta/c\\_about/attach/pdf/reg\\_-18.pdf](https://www.maff.go.jp/j/syouan/nouan/carta/c_about/attach/pdf/reg_-18.pdf)

65) バイオメディカルサイエンス研究会による翻訳は、以下のURLで確認できる。WHOは序言において「1983年に刊行した（第1版の）…指針は各国が生物学的安全の基本的概念を受け入れて取り込み、自国内の実験室での病原微生物の安全取り扱いに関する国内実践指針を策定するよう勧奨するものであった」と述べている。また「最近の世界的動向として、微生物および毒素の意図的悪用および撒布による公衆衛生上の脅威の可能性が示された」として、生物兵器の使用について警戒していることを示した。

[https://www.who.int/csr/resources/publications/biosafety/Biosafety3\\_j.pdf?ua=1](https://www.who.int/csr/resources/publications/biosafety/Biosafety3_j.pdf?ua=1)

66) 次の22項目から構成されており、2から8項がバイオセーフティ指針とされている。1一般原則、2微生物学的リスク評価、3基本実験室バイオセーフティレベル1,2、4封じ込め実験室バイオセーフティレベル3、5高度封じ込め実験室バイオセーフティレベル4、6実験動物施設、7実験室/施設運営管理指針、8実験室/施設検証指針、9実験室バイオセキュリティの概念、10生物学的安全キャビネット、11安全機器、12実験室内技術、13突発事態対応計画と緊急時対応手順、14消毒と滅菌、15感染性試料の運搬序論、16バイオセーフティと組み換えDNA技術、17有害化学物質、18その他の実験室災害、19バイオセーフティ管理者とバイオセーフティ委員会、20補助職員の安全、21訓練プログラム、22安全点検リスト。

67) WHOによる「バイオリスクマネジメント 実験施設バイオセキュリティガイダンス」の和訳。主にリスクマネジメントの手法が中心となっている。目次は、2実験室バイオセーフティを補完するものとしての実験施設バイオセキュリティ、3バイオリスクマネジメント手法、4バイオリスクマネジメント、5バイオリスクの対策、6実験施設バイオセキュリティプログラム、7訓練など。

[https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/69390/WHO\\_CDS\\_EPR\\_2006.6\\_jpn.pdf;jsessionid=7FE4718D77717517EB38480D35E500D7?sequence=2](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/69390/WHO_CDS_EPR_2006.6_jpn.pdf;jsessionid=7FE4718D77717517EB38480D35E500D7?sequence=2)



り、積極的になされているといっよい<sup>69)</sup>。そして、医学を含む科学が二度にわたる制度化により結果として経済効率・国家体制に強く影響される事実は、これまで何度も指摘してきたことである<sup>70)</sup>。さらに、条約に基づかない WHO 実験室バイオセーフティ指針に法的な強制力はなく、ある国が医学的な研究目的と称して高度なバイオセーフティレベルの実験施設をつくった場合、これを国際的に監視し、査察するシステムはないのである。また、気候変動にともない熱帯域の風土病などが温帯域に拡散していくことが懸念される。

このように人間と病原体の接触、生物兵器禁止の不徹底、バイオセーフティ管理の矛盾、気候変動にともなう風土病の拡散など何重にも困難な問題であるが、これを社会的課題ととらえ、多面的な解決をもとめていくのがあるべき姿であろう。法のみで管理できないのならば、その欠落部分を倫理で補完するということになる。

## 1. 2. 2 女性の役割をめぐる考察

中絶問題を女性の人生設計における中絶するか否かを決める権利の問題と考えると、大半の女性は賛成にまわり、男性の一部が賛成し他は反対すると予想される。しかし、相当数の反対する女性もいれば賛成する男性もいるのが現実のようであり、さらに人種、年齢、職業、宗教などさまざまな要素が入り

乱れているとされる。ローゼンブラットは「大部分のアメリカ人は、中絶を一つの選択肢とすることには賛成しても、中絶そのものには反対している<sup>71)</sup>」といい、別のいかたとして「1990年の世論調査によるとアメリカ人の73パーセントが、中絶の権利を擁護している。しかしべつの調査によれば、77パーセントが中絶を謀殺、つまり計画的殺人の一つと考えている<sup>72)</sup>」と述べた。この不可解さについて荻野は、米国における中絶問題とは価値論争になっているといい、そこで争われている価値とは「一つは「女」という性をどのように定義するかという問題」で、「いま一つは「人間」や「生命」の価値をどう解釈するかという問題ではないか<sup>73)</sup>」という。後者は生命倫理学のパーソン論で論じられるテーマであり、前稿でも一部検討した<sup>74)</sup>。ここでは前者について考える。

荻野は、中絶問題について女性の見解がわかれたことの理由の一つにフェミニズムと女性に対する見方があるという。荻野の議論は、第一に、フェミニズム運動は中絶論争の展開においても重要な役割をはたしてきたこと、第二に、(Roe 判決の) 1973年以降、安全で合法的な中絶を死守することが運動の最重要課題と位置づけられ、運動にとって「権利」や「選択」とは、「中絶の権利」や「中絶の選択」を意味するようになったこと<sup>75)</sup>、第三に、中絶が権利であることを重視する一つの理由は、アメリカ

68) カルタヘナ法第1条(目的)は、この法律は、国際的に協力して生物の多様性の確保を図るため、遺伝子組換え生物等の使用等の規制に関する措置を講ずることにより生物の多様性に関する条約のバイオセーフティに関するカルタヘナ議定書…及びバイオセーフティに関するカルタヘナ議定書の責任及び救済するとともに現在及び将来の国民の健康で文化的な生活の確保に寄与することを目的とする、と規定している。

69) 医療情報科学研究所編 [2018] 166頁。バイオテロ発生防止のため、感染症法で定められた特定病原体とその取扱いを紹介しているが、譲渡等が「国か、政令で定める法人のみ」に限定され、発散行為について処罰がある1種病原体等は、エボラウイルス、天然痘ウイルスなど6病原体のみで、バクテリアやSARSコロナウィルスなど6種の2種病原体等は「研究目的で厚生労働大臣の許可」で譲渡等ができ、結核菌、黄熱ウイルスなど4種病原体等は、許可などは爾後届出を含め不要である。

70) 高橋 [2011] 67頁、68-69頁、70-71頁、74-76頁。高橋 [2012] 90-92頁。高橋 [2015] 40-41頁。高橋 [2016] 80-83頁。86-87頁。

71) ローゼンブラット(くばた訳) [1996] 14頁。

72) ローゼンブラット(くばた訳) [1996] 16頁。はじめの調査は、1990年6月のルイス・ハリス社による単独調査で、別の調査とは、1991年2月の「生命を守るアメリカ人連合」がスポンサーとなったギャラップの単独調査を指す。ローゼンブラットはこれ以外にも巻末の「世論調査についてのノート」(231-240頁)でいくつかの世論調査の結果を紹介している。

73) 荻野 [2012] 163頁。

74) 高橋 [2020] 58-61頁。

社会において権利の対象は何らかの価値あるものと認められているためであること、第四に、いま一つの理由は、フェミニズムにとって、生殖の問題が女に対する差別の口実とされて、女の抑圧の根にあるという認識が広くあり、したがって、女が社会で男と対等な独立した自由な個人として生きるには、望まない妊娠出産を強制されないことが不可欠な前提条件だと考えるためであること、第五に、この「権利」という考え方にすべての女性が賛同したわけではなく、女性を分裂させる契機にもなったこと<sup>76)</sup>、とまとめられる。「女」という性をどのように定義するかという問題は、必然的に社会における女性の役割と家族観という問題にむすびつく。荻野によれば、中絶反対派に共通するのは「伝統的家族」の崩壊に対する危機感であり、その崩壊の原因の一つはフェミニズムであるという認識だとされる<sup>77)</sup>。この認識がどの程度妥当なものかという議論はいったんおくとし、「伝統的家族」への回帰という心情をもつ人びとが存在することには留意したい。

また荻野は、中絶とならんで ERA（男女平等憲法修正条項）に関する論争があったと加える<sup>78)</sup>。1868年の第14修正、1870年の第15修正1項で黒人の男性は選挙権を認められたが、人種を問わず女性の投票権が認められたのは1920年批准の第19修正1項であった。次いで1923年に男女平等憲法修正案<sup>79)</sup>が提出されたが、不成立に終わった。不成立の理由の一つに、この修正によって女性労働者の保護

規定も無効になるのではという懸念があったとされる。そのあと1961年にケネディ大統領が女性の地位に関する大統領委員会<sup>80)</sup>を任命し、1963年に同委員会の報告書が発表された<sup>81)</sup>。この報告書を受ける形で1964年公民権法第7編は、人種、皮膚の色、宗教、出身国、性別に基づく雇用差別を禁止すると規定し、1966年に結成された全米女性機構（NOW）が ERA の実現を要求しはじめた。荻野は、1970年ころ機会均等雇用委員会（EEOC<sup>82)</sup>）も連邦最高裁も、公民権法第7編は従来の性別保護法を無効にするが、それは保護を男性労働者にも拡大する方向だと解釈するようになり、前述した長年の懸念が解消されて、労組も ERA の支持にまわったという<sup>83)</sup>。実現のためのすべての障害がとりのぞかれたようにみえ、ERA は1971年10月に下院を354対3、1972年3月に上院を84対8の圧倒的多数で通過し、残るは各州による批准だけとなった。1979年3月までに38州で批准される必要があったが、1973年はじめにはすでに24州で批准済みとなった。1973年1月22日の Roe 判決以後、ERA と中絶は女性解放運動の二大テーマになったのである。

ところが、その直前の1972年10月には女性によるストップ ERA が結成され、運動は大きな反響をよんだ。ストップ ERA の主張は「伝統的家族」の重視と、男性とすべてが同じではなく男女の違いを認めつつ女性が社会ではたす役割を高く評価するという、前述の心情を踏まえたものであった。そして、

75) 荻野 [2012] 163頁。

76) 荻野 [2012] 165-166頁。

77) 荻野 [2012] 166-168頁。

78) 荻野 [2012] 172-184頁。荻野はこの部分で歴史的な事実経過を記述し、その後の部分で ERA の争点（185-193頁）、中絶と ERA（193-202頁）について論じている。

79) 荻野 [2012] 174頁。荻野によれば、憲法修正案条文は次のとおり。「男性と女性は、合衆国（引用者注：荻野は「合州国」と記載しているが、ここでは一般に用いられる「合衆国」を使う）およびその法が支配するすべての場所において、平等の権利を有する。」

80) 1961年大統領令10980（Executive Orders 10980 of December 14, 1961 - Creation of the Presidential Commission on the Status of Women）に基づく同委員会（「Presidential Commission on the Status of Women（PCSW）」については、次の資料がある。<https://www.greelane.com/ja/%E6%96%87%E7%B3%BB/%E6%AD%B4%E5%8F%B2%E3%81%A8%E6%96%87%E5%8C%96/presidents-commission-on-the-status-of-women-3529479/>

81) これらの事項に関する資料として、次の内閣府男女共同参画局のものがある。

[http://www.gender.go.jp/research/kenkyu/sekkyoku/pdf/senmonsyoku/20\\_ch5-1-1.pdf](http://www.gender.go.jp/research/kenkyu/sekkyoku/pdf/senmonsyoku/20_ch5-1-1.pdf)

82) 機会均等雇用委員会（Equal Employment Opportunity Commission：EEOC）は、公民権法第7編705節に基づき設置されている。

83) 荻野 [2012] 176頁。

ERA 推進、ERA 反対ともそれぞれ典型的な女性のリーダー<sup>84)</sup>のもとで激しい競合がおこなわれた。その結果期限である 1977 年までには 38 州の批准を達成できず、期限は 1982 年 6 月に延長されたが、未批准が 15 州にのぼり 1982 年に不成立となったのである。ERA は 1983 年に再度提出されたが連邦議会の通過できず、成立する見込みは立たなくなったとされる。「女」という性をどのように定義するかという問題について、女性同士の間で意見の違いがあると結論するしかないが、このことは中絶問題でも同じなのかもしれない。

## 2 比較衡量に関する考察

### 2.1 比較衡量の位置づけ

#### 2.1.1 比較衡量の定義および背景

比較衡量（利益衡量）とはどのようなものであろうか。佐藤は「対立する利益の率直な衡量を通じて妥当な結論を得ようとするもの<sup>85)</sup>」といい、戸松は法の各分野で「一般的には、対立する法的利益を天秤にかけて、どちらが重いか、すなわち、どちらが重要であるかを考察する方法<sup>86)</sup>」とし、憲法訴訟の裁判法理としては「一方に、法令によって制限を受けていると主張されている人権にかかわる利益

を、他方に、その人権の制限が必要となったとされる社会的・国家的利益を置いて、どちらが重いかを考察する手法<sup>87)</sup>」という。ここでは憲法訴訟の裁判法理について考える。芦部は、比較衡量には憲法解釈の方法と違憲審査の基準の二つのものがあり、前者は「人権相互の矛盾衝突の調整という「公共の福祉」原理を具体化し、人権の限界を明確にするため…、何らかの形で相対立する利益を衡量すること<sup>88)</sup>」で、後者は「たとえば、表現の自由の限界について、表現の自由を制限することによってもたらされる利益とそれを制限しない場合に維持される利益とを比較して、前者の価値が高いと判断される場合に、前者を公共の福祉と呼び、それによって人権を制限しうる、と考える説<sup>89)</sup>」であるとした。新は違憲審査の基準としての比較衡量を「人権を制限することによってもたらされる利益とそれを制限しない場合に維持される利益とを比較して、前者の価値が優位するときは、人権を制限しうるとするもの<sup>90)</sup>」という。

次に、比較衡量には、個別的比較衡量（ad hoc balancing）と定義づけ比較衡量（definitional balancing）があるとされる<sup>91)</sup>。定義づけ比較衡量を 1968 年に初めて提示したのはニンマーで、「個別的比較衡量と定義づけ衡量の間の深い意味的差異

84) ERA 推進のほうは、ベティ・フリーダンという NOW（全米女性機構）の創設者、反対運動のほうは、フィリス・シュラフリーという共和党保守派の活動家でストップ ERA の結成者であった。荻野 [2012] によれば、二人は「同世代で、出身階層的にも高い学歴という点でも多くの共通点を持っていた」（177 頁）という。

85) 佐藤 [2011] 262 頁、注 88。ここでは国内の判例を説明するなかで記述された。ただし、佐藤は同時に「[利益] の捉え方が問題で、表現の自由を私的利益となし、これと公益を対峙させて安易に論結する危うさを秘めている」と指摘した。

86) 戸松 [2008] 263-264 頁。戸松は、このような「一般的に用いられている比較衡量の思考・判断方法は、（引用者注：わが国の）憲法の人権保障規定それ自体にも表れている」（264 頁）とし、「そもそも人権の制限をもたらす法律を制定するとき、立法者は、制限される人権と制限にかかる利益とを比較衡量したうえで、当該制限が憲法の許容範囲内にあると判断していることも推測しうる」（264 頁）と述べた。

87) 戸松 [2008] 264 頁。

88) 芦部 [1994] 208 頁。芦部はこの方法について「各人権の性質の相違に応じて設定された違憲審査の基準を具体的事件に適用する際に、審査基準の枠内において審査基準を具体化するために行われる手法を言う」（212 頁）と補足説明する。

89) 芦部 [1994] 208 頁。

90) 新 [2008] 499 頁。新はドイツの比例原則やその一要素としての狭義の比例原則などを想定し、「法学方法論ないし法解釈論としての「比較衡量論」ないし「利益衡量論」は、その有力な一方法として、歴史的にも理論的にも長い伝統をもつもの」（499 頁）と説明している。

91) 戸松 [2008] は、個別的比較衡量、定義づけ比較衡量に加えて、厳格な比較衡量法を提示している。そして「厳格な比較衡量法とは、考量の一方にある権利・自由を制限することにかかる利益について、その正当性を厳格に審査したうえで、他方の権利・自由にかかる利益との考量をする手法」（266 頁）という。

は、定義づけ比較衡量から現れる規則は、将来の事件においてさらなる利益の比較をする機会なしに採用されうるという事実にある<sup>92)</sup>」とした。すなわち、以後の事件でさらに利益の比較をすることなく用いる比較衡量を定義づけ比較衡量としたのである。山川はニンマーの見解を「一定の価値判断に基づき、修正一条の下で保護される言論を定義づけること」と解したうえで、自らは「憲法訴訟における利益衡量において、保護される憲法上の自由又は権利（必ずしも言論の自由に限られない）を一定の価値判断により定義づけること、範疇化すること<sup>93)</sup>」の意味とする。辻村は「定義の段階ですでに規制の正当化理由と憲法上の権利・利益との衡量が行われていると解して、行為規範の定義に該当するものだけを限定的に規制しようとする手法<sup>94)</sup>」であるという。定義づけ比較衡量については、2.1.2で続けて検討したい。

また、米国における個別的比較衡量の展開と衰退につき山川は、第一に、表現の自由の優越的地位の理論と、それと一体をなす明白かつ現在の危険の理論の適用を排する理論として登場したこと、第二に、国家の安全保障という国家利益に対し、思想・信条の自由のような内面的利益まで私的利益とみなして、国家利益を常に優先させる判断パターンである

こと、第三に、立法府の判断に対する敬讓という司法消極主義の哲学であること、第四に、1950年のDouds事件、1951年のDennis事件などからはじまり、1960年代後半以降は合憲性判断の方法としては用いられなかったこと、と述べた<sup>95)</sup>。ところが、アレニコフは「比較衡量は合衆国憲法と同じほど古いものではない。憲法条項解釈の正確な手法としては、比較衡量は1930年代後半および1940年代初頭にはじめて多数意見として現れた<sup>96)</sup>」という。川岸もアレニコフに言及し、「比較衡量の手法は憲法の各分野に広がり一般化した。休眠的通商条項…、修正1条、修正4条、手続的デュープロセス、平等保護、実体的デュープロセスといった分野で連邦最高裁は比較衡量を通じて事案の解決を図っている<sup>97)</sup>」という。比較衡量の導入時期や分野についても、2.1.2でさらに考察する。

最後に、比較衡量の問題点を簡単に整理する。芦部はエマーソンの指摘する五点<sup>98)</sup>について「①裁判所の判定基準たるべき拠点・核心が存在しない、②利益衡量に必要な事実関係の判定が司法過程に適さないほど困難をきわめる、③現実には立法府の判断に対して圧倒的なウェイトをおく衡量が行われる、④立法府の判断が合理的であるかぎりでは違憲でないということになる、⑤法執行者・国民各人に、

92) Nimmer (1968), at 944-945.

93) 山川 [1987] 303頁、注(1)。

94) 辻村 [2008] 230頁。辻村は、この定義づけ衡量につき「名譽棄損表現や犯罪煽動表現とともに、わいせつ表現についてはとくに定義が重要な意味をもつ」とした。

95) 山川 [1987] 334-336頁、337-338頁。なお山川はアド・ホックな利益衡量論には「法文の漠然性の故の無効、広範にすぎる故の違憲、LRA (less restrictive alternative: 引用者注) の理論等がとって代った」という。342頁。また「刑事訴訟の分野においては、違法収集証拠の排除法則の採否が、排除によるコスト (明白な犯罪者の証拠排除による放免) とベネフィット (違法捜査の抑制) のバランスにおいて考えられている」とし、2.2.2で分析する1974年のCalandra判決を代表的判例の一つとして指摘した。339頁、注(8)。ちなみに、American Communications Association v. Douds, 339 U.S. 382 (1950). Dennis判決は脚注136)で記す。

96) Aleinikoff (1987), at 948. アレイニコフはさらに古い時点で比較衡量のヒントをあたえる判例があるとして、次の四つを示している。Missouri ex rel. Hurwitz v. North, 271 U.S. 40, 42 (1926) (資格更新とデュープロセス); Carroll v. United States, 267 U.S. 132, 149 (1925) (第4修正と不正な捜索・押収); Hudson County Water Co. v. McCarter, 209 U.S. 349, 355 (1908) (ホームズ裁判官) (私的権利); Lawton v. Steele, 152 U.S. 133 (1894) (訴訟の評価とデュープロセス)。

97) 川岸 [2018] 94頁。

98) エマーソン (小林ほか訳) [1972] 具体的には、①「裁判所がその決定に到達するのを指導する教義の核心をもっていない」(95頁)、②「事実の判定は非常に困難で時間がかかり、司法過程にはまったく不適切である」(96頁)、③「立法府の判断にほとんど決定的な重要性をおく」(96頁)、④「[引用者注: 表現の自由を規定する] 修正第一条に対してどのような現実的意義をも与えない」(97頁)、⑤「警察官や検察官その他の官公吏および個人に対して、譲られなければならない権利についての適切な事前の予告を与えることができない」(98頁)、である。



いかなる権利行使が保護されるかにつき適切な予測可能性を与えることができない<sup>99)</sup>」とまとめている。①を判定基準の不存在、②を事実判定の困難さ、③を立法判断の尊重、④を合理性と合憲性、⑤を先見性の欠如とする。さらに、芦部は既出の論考で問題点を「必ずしも比較の基準が明確でなく、何を比較の対象として拾い上げるか裁判所の裁量に委ねられてしまうこと」、および「人権は国家権力との間で争われる場合が多いので、人権制約の合憲性を常に利益衡量という方法で判断すると、秤の重みが権力の側に傾く可能性が大きいこと<sup>100)</sup>」としているが、前者は①と②、後者は③と④を念頭においていると解される。新は比較衡量を「個々の事件における具体的状況を踏まえて…妥当な結論を導きだそうとする…から、すぐれ…ている」とし、「人権」と「人権」…とが衝突する場合には、有効であるかもしれない」としたうえで、「個人的法益と国家的法益…が問題となる場合には<sup>101)</sup>」後者が優先される可能性がよいという。新の指摘も③と④の問題と考えることができる。川岸は①と②についてアレニコフの論文<sup>102)</sup>に言及し、「諸利益の価値を比較するために共通の通貨に翻訳するのに必要な尺度の導出がされなければならない。衡量者の尺度は衡量者の個人的な選好を単に示すだけでは成り立たない。というのも、それは恣意的行為…にほかならないからである<sup>103)</sup>」という。個別的比較衡量に多くの問題があることは明らかなように思われる。

## 2. 1. 2 定義および背景の追加的考察

まず、定義づけ比較衡量や範疇化の扱いにつき、ニンマーが定義づけ比較衡量の例とした Sullivan 判決<sup>104)</sup>を確認する。同判決は「憲法上の保障は、…公人に対し同人が文書は“現実の悪意”、すなわち、虚偽であることを知って、またはそれが虚偽か否か（の確認）を無謀に無視して、作成されたことを立証しないかぎり、その公人としての行為に関連した民主的な過ちに対して損害賠償請求を禁じる、という連邦上のルールを要求している<sup>105)</sup>」と判示した。公人が損害賠償請求するには相手方の文書が「現実の悪意」によって作成されたことが必要であり、「現実の悪意」とは、相手方は内容が虚偽であることを知っているか、または虚偽かどうかの確認を無視したことを意味する。次に、山川が例として示した 1969 年の Brandenburg 判決<sup>106)</sup>についてみる。同判決は、「起訴状でも公判の裁判官の陪審員への指示でも、差しせまった無法の行為へ煽動する唱道と、単なる唱道（advocacy）が区別されていなかった<sup>107)</sup>」として、「憲法上の表現の自由の保障は、唱道が差しせまった無法な行為を煽動するまたは生じさせることに向けられており、かつ、当該行為を煽動または生じさせそうな場合を除き、州に実力行使や法律違反の唱道を禁止することを許していない<sup>108)</sup>」と判示した。つまり、処罰に値するものは「差しせまった無法の行為へ煽動する唱道」であり、この煽動の要件は、唱道が差しせまった無法な行為を煽動・生じさせようと意図していること、かつ、

99) 芦部 [1974] 175-176 頁。

100) 芦部 [1994] 209 頁。

101) 新 [2008] 500 頁。

102) なお、Aleinikoff (1987) は「(引用者注:1987 年) 今日、(引用者注:1950 年代から 60 年代にかけてのような) 議論は消滅した」(944 頁) としながらも、「当方の目的は、比較衡量に対する総合的な代替案が存在していることを示唆はするが、そういった代替案を提案することではなく；むしろ、比較衡量についての議論を再度活性化するために、比較衡量の形式と含意について十分な疑義を提起できればと思っている」(945 頁) という。

103) 川岸 [2018] 97 頁。

104) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 84 S. Ct. 710, 11 L. Ed. 2d 686 (1964)。

105) Sullivan, 376 U.S., at 279-280.

106) Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969)。

107) Brandenburg, 395 U.S., at 449.

108) Brandenburg, 395 U.S., at 447.

当該行為を実際に煽動・生じさせそうなこと、と定義したのである。いずれの判例においても定義は運用可能にみえる。さらに、1942年のChaplinsky判決<sup>109)</sup>は範疇化の例として知られている。川岸は範疇化を「分類をし、その分類に標識を付けること<sup>110)</sup>」とし、同判決を引用して<sup>111)</sup>「範疇化手法が実は衡量を前提としている<sup>112)</sup>」という。佐藤も「定義づけ比較衡量ないし範疇化<sup>113)</sup>」と記載しており、両者は事実上同一の内容であると考えているようである。ついては、範疇化に関して第一期、第二期の判例を考えてみる。アレニコフは1819年のMuCulloch判決、1824年のGibbons判決、1810年のFletcher判決<sup>114)</sup>を例としてあげ<sup>115)</sup>、「マーシャル、ストーリーおよびターニーのような初期の裁判官は、連邦対州、公共対個人など利益の激しい衝突を認識していた。しかし、裁判官達は、これらの紛争を範疇化するやり方で解決したのである。最高裁の見解は、一般的に差異を程度ではなく種類において認識した<sup>116)</sup>」という。それぞれの主張をそれぞれの利益とみなし、利益間の対立を衡量するというやり方をとらず、それぞれの主張を何らかの基準で分類し、その分類ごとに主張の妥当性を判断するというやり方をとったということであろう。また範疇

化こそが第一期、第二期を通じた条項解釈の基本だったのであり、これを第三期になって比較衡量ととりいれ、さらにはその比較衡量にかつてからの範疇化を一部再度含めたものが、定義づけ比較衡量であると考えられることも可能である。

次に、比較衡量が合憲性判断の基準としてとりいれられた時期を考える。前述のように、山川は表現の自由規制に関する1950年のDouds判決、1951年のDennis判決からといい、アレニコフは1930年代後半および1940年代初頭にはじめて多数意見として現れたという。アレニコフの見解をさらにみると、「比較衡量は、フランクファーターとブラック両裁判官が最高裁の議論の異なる側を代表していた1950年代と1960年代において流行であった<sup>117)</sup>」と認めたうえで、1934年のHome Building判決<sup>118)</sup>につき「ヒューゴ裁判官は“比較衡量”という用語は使わなかったが、公共的な需要および、個人の権利と公共の福祉の間の理性的な妥協のための基礎をみつける必要性の評価の高まりがあった、と表明した<sup>119)</sup>」とし、「1939年にロバーツ裁判官は、表現の自由に関するSchneider判決<sup>120)</sup>においてはじめて正確な比較衡量の法廷意見を書いた<sup>121)</sup>」という。Schneider判決を確認すると、「市は、公共の安全、

109) *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942). 同判決は「いかなる憲法上の問題も生じさせないと考えられてきた、よく定義され狭く限定された言論のクラス、抑制および罰則が存在する」として、「これらは、わいせつでみだらな表現（わいせつ表現）、不敬表現（冒瀆的表現）、名誉棄損表現、および侮辱的または「闘争的言辞」、まさにその発話によって、損傷をあたえ、平和の直接的破壊を煽動する傾向のある用語（暴力の煽動）を含む」と判示した。*Chaplinsky*, 315 U.S., at 572.

110) 川岸 [2018] 101頁。

111) 川岸 [2018] 102頁。引用部分は「そうした言説は思想を伝えることの本質的な部分をなさないし、また審理へのステップとして少しの社会的価値も有さないで、そうした言説から引き出されるいかなる便益も秩序や道徳に対する社会的利益によって明らかに凌駕されると十分に認められてきた」（川岸訳）。*Chaplinsky*, 315 U.S., at 572.

112) 川岸 [2018] 102頁。川岸は「そうした表現行為は社会的にほとんどの有意義な利益を具えていないとみなされており、入り口段階での衡量の結果、憲法上の保護の範囲から除外されてきた」と補足説明した。

113) 佐藤 [2011] 262頁。

114) *Fletcher v. Peck*, 6 Cranch (10 U.S.) 87 (1810).

115) *Aleinikoff* (1987), at 949.

116) *Aleinikoff* (1987), at 949. この差異を程度ではなく種類において認識したという例として、アレニコフは「課税する権限は、破壊する権限であった；州はポリスパワーを行使できるが、通商を規制できなかった；法制は契約上の回復を減じることではできるが、義務を減じることではできなかった」と説明した。すなわち、課税する権限を破壊する権限と分類し、通商規制権限とポリスパワーを分類し、契約上の回復を減じることと契約上の義務を減じることとを分類したわけである。

117) *Aleinikoff* (1987), at 944.

118) *Home Building & Loan Association v. Blaisdell*, 290 U.S. 398 (1934).

119) *Aleinikoff* (1987), at 964.

120) *Schneider v. New Jersey*, 308 U.S. 147 (1939)

健康、福祉または便宜の利益のため規制を行ってもよいが、それら規制は、情報や意見を話し、書き、印刷し、または回覧することを望む者に対して合衆国憲法により保障された個人の自由を削減してはならない<sup>122)</sup>」と判示しており、明らかに公共の規制利益と個人の自由（利益）を衡量している。連邦最高裁に1937年着任したブラック、1939年に着任したフランクファーターはいずれも民主党のフランクリン・ルーズヴェルト大統領に指名された裁判官だが、考え方は大きく異なる。ここでは簡単にブラック裁判官は進歩派（自由絶対派）で、フランクファーター裁判官は保守派（司法消極主義）としておく。すなわち、山川は進歩派と保守派の見解が典型的に衝突したという点を強調するため、1950年のDouds判決と1951年のDennis判決を出発点とし、アレニコフはそれにこだわらず、歴史的事実として1939年のSchneider判決を出発点としたということであろう。また、アレニコフが1930年代後半および1940年代初頭という意味は、本稿でいう1938年以降の第三期に開始されたということでもある。

最後に、適用された分野について考察する。山川は、表現の自由（第1修正）に関連する明白かつ現在の危険の理論を排する理論といい、アレニコフは休眠的通商条項、第1修正、第4修正、第14修正の平等保護、実体的デュープロセスなど広範囲な分野で用いられたという。そこで、アレニコフのいう休眠的通商条項の判例として、1945年のSouthern Pacific判決<sup>123)</sup>をみると、ストーン首席裁判官は「州と連邦の関連する利益の相対的な重要性（weight）は、一般的にみられる、規制の統一性を要求する事項における州際通商の自由な流れおよび

地域的規制からの自由は、州際通商条項によって州の干渉から守られている、というルールを当てはまらないとするかどうかである<sup>124)</sup>」と問題提起し、連邦が明文で規定していない州際通商条項（休眠的通商条項）の問題では、州の利益と連邦の利益を比較衡量する必要があると述べている。比較衡量が休眠的通商条項の分野で用いられたことに疑いはない。幅広い分野で適用されようとしたことも、1938年以降の第三期に開始されたことと関連している。

## 2.2 比較衡量の適用

### 2.2.1 憲法第1修正（表現の自由）と比較衡量

阿川はそれぞれの時期の憲法問題について、第一期は「新しく誕生した連邦と既存の州との関係を規定すること」、第二期は「政府とビジネスの関係、財産権の保護」、第三期は「政府と個人の関係、自由と平等の問題<sup>125)</sup>」であるという。個人の権利は当初から重視されていたが、権利章典で保護される個人の権利は主に連邦法を想定していたから、第一期の個人の権利が合衆国憲法に基づき争われる機会はありませんでした。1868年の第14修正の解釈により合衆国憲法が州に適用されることになった第二期でも、表現の自由に関する紛争が連邦最高裁まであがってくることは少なかった<sup>126)</sup>。しかし、1917年のロシア革命とソヴィエト権力の成立を契機として、アメリカにおいても1917年スパイ取締法やその修正である1918年煽動取締法が制定され、社会・共産主義者や無政府主義者への規制がつけられた。結果として、表現の自由規制がどこまで可能か争われることになる。

別の機会に表現の自由に関する判例の流れをまとめたが<sup>127)</sup>、1907年から1937年までを本稿に必要な

121) Aleinikoff (1987), at 964.

122) *Schneider*, 308 U.S., at 160.

123) *Southern Pacific Co. v. Arizona*, 325 U.S. 761 (1945).

124) *Southern Pac.*, 325 U.S., at 771.

125) 阿川 [2013] 383頁。

126) そのなかでは次の判例が知られている。*Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 (1884).

127) 高橋 [2019] 43-45頁。

範囲で再説すると、第一に、もともと Patterson 判決<sup>128)</sup>にみるように、言論に不法な行為をもたらす傾向があれば、憲法上の保護を受けないという「悪しき傾向」の法理が中心であったこと、第二に、1919年の Schenck 判決<sup>129)</sup>でホームズ裁判官は「明白かつ現在の危険」という表現を用いたが、この法理が表現の自由保護であるかは議論があり、むしろ言論抑圧的基準という意見もあること、第三に、Schenck 判決から1週間後の Frohwerk 判決<sup>130)</sup>と Debs 判決<sup>131)</sup>では、ホームズは明白かつ現在の危険の基準を無視していること、第四に、1919年の Abrams 判決<sup>132)</sup>でホームズはブランダイス裁判官とともに、思想の自由市場論と明白かつ現在の危険の法理を合わせた論理で「悪しき傾向」の法理に反対したこと、第五に、1925年の Gitlow 判決<sup>133)</sup>の少数意見でホームズ、1927年の Whitney 判決<sup>134)</sup>の補足意見でブランダイスが、明白かつ現在の危険の法理を援用したこととなる。このあと1938年の Carolene 判決<sup>135)</sup>を経て第三期となるが、表現の自由事案での比較衡量の使い方をみていく。

山川のいう1951年の Dennis 判決<sup>136)</sup>を分析した

いが、その前にブラック裁判官とフランクファーター裁判官の姿勢についてふれる。何が州に対しても保護される憲法上の権利なのかという第二の視点に関連して、権利章典の修正条項のどの権利が第14修正のデュープロセス条項を通して州に適用されるかという問題があり、2.1.2で言及したように、阿川はこの問題に関して、ブラックおよびダグラスと、フランクファーターには考え方の違いがあったとする<sup>137)</sup>。阿川は判例を明示していないが、1947年の Adamson 判決<sup>138)</sup>をみると、フランクファーターは同意意見で「すべての裁判官は、第14修正は、連邦政府のみを制限し強制する初めの八つの修正の要約で、デュープロセス条項はそれら修正を州の権限の制約として構成する、と示唆した<sup>139)</sup>」としながらも、「それらの読み解き…から、第14修正をさまざままで明示的な初めの八つの修正を網羅するものとして認めることがほとんどできない<sup>140)</sup>」として、第14修正における憲法上の権利と権利章典で規定される権利との同一性に否定的なことを示した。一方、ブラックは反対意見で「第14修正で最高潮に達した歴史的出来事に対する私の学習…は、初めの

128) Patterson v. Colorado, 205 U.S. 454 (1907).

129) Schenck v. United States 249 U.S. 47, 39 S.Ct. 247, 63 L. Ed. 470 (1919).

130) Frohwerk v. U.S., 249 U.S. 204 (1919).

131) Debs v. United States, 249 U.S. 211 (1919).

132) Abrams v. U.S., 250 U.S. 616 (1919).

133) Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925).

134) Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927). 共産党政党組織を、カリフォルニア州刑事サンジカリズム法で処罰した事件で、連邦最高裁は、公共の福祉に反し犯罪煽動表現を禁止するとの州議会判断を尊重して、処罰は合憲とした。松井 [2012] は、本事件においてブランダイス裁判官とホームズ裁判官は、言論の自由の制約につき「立法府の判断だけでは不十分で、制約には重大な害悪が必要」で、「明白かつ現在の危険といえるためには、直ちに重大な暴力が预期されるか、唱道されることが必要」とし「害悪発生の切迫性と害悪の重大性において」要件をしばと補足している。160頁。

135) United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 58 S.Ct. 778, 82 L.Ed. 1234 (1938).

136) Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951).

137) 阿川 [2013] 395-396頁。阿川は、ブラック裁判官は「[秩序ある自由の観念に欠かせない]という考え方をいま一步推し進め、修正第14条の起草者の意図は最初の八つの修正条項をすべてデュープロセス条項に包含させることにあった」としたが、フランクファーター裁判官は「権利章典の一部の権利が修正第14条を通じて州に適用されるのを認めながらも、権利章典とデュープロセス条項の内容は似ているだけで同一ではない。連邦に適用される権利条項と州に適用される権利条項は異なると当然だと…唱えた」とする。さらに、「(引用者注：ブラックと賛同するダグラスの)二人の考え方は、のちに新しい実体的デュープロセスの考え方を信奉する積極的な司法審査につながる。一方フランクファーターの考え方は、最高裁はできるかぎり立法府の考え方を尊重すべき…という抑制的な司法審査の潮流をつくる」とした。396頁。

138) Adamson v. California, 332 U.S. 46 (1947).

139) Adamson, 332 U.S., at 62.

140) Adamson, 332 U.S., at 63.



(八つの) 修正が、個々におよび全体として、達成しようと意図されていた主な目的の一つは、州に適用可能な権利章典をつくることだと、私に確信させた<sup>141)</sup>」と述べている。見解の相違があることは間違いない。

さて、Dennis 判決当時は、1946年のチャーチルによる鉄のカーテン指摘からソ連の封じこめ政策が開始され、1949年の中国共産党による政権掌握、朝鮮戦争(1950-1953年)など共産主義への警戒感がきわめて高くなっていた<sup>142)</sup>。同判決の法廷意見は「政府を力により打倒しようとする試みは、…議会にとって防ぐべき害悪である<sup>143)</sup>」と害悪の重大性を認定したが、「そのような試みが国家に対し物理的および政治的に作りだすダメージは、成功の確実性または成功する試みの切迫性の面での有効性をはかることを不可能にする」として、従来の明白かつ現在の危険の法理の(害悪の重大性と)害悪発生の実性の基準に疑問を呈したのち、「政府転覆の成功が確実になるまで政府は何もできないということの意味しない<sup>144)</sup>」から、「当裁判所は、…成功の確実性が(同法理の)基準であるという主張を除外しなくてはならない」と判示した。またラニード・ハンド首席裁判官に言及して「(裁判所は) 実性のなさによって割り引かれた“害悪”の重大さが、危険を回避するため必要な言論の自由の制限を正当化できるか、を問わなければならない<sup>145)</sup>」と述べて明白かつ現在の危険を認定したのである。これに対してフランクファーター裁判官は、同意意見にお

いて「民主社会における表現の自由の要求は、国家安全の利益と同様、解決されるべき新たな問題に對しての柔軟性に欠けたドグマの表明より、訴訟手続き内での、率直で見識ある競合利益の比較検討によって、よりよく処理される<sup>146)</sup>」と比較衡量に言及し、「公平に評すれば、心地よい“蓋然性”を意味するため、裁判所がしばしば“明白な”および“現在の”という用語に異なった意味をあてはめたため、議論は噛み合えない<sup>147)</sup>」と述べて同法理の混乱を指摘し、「表現の自由と相反する(国家)利益を調停するための努力を報告する判示の用語で、探すものをみだすことは、困難すぎるわけではない<sup>148)</sup>」と、表現の自由での比較衡量を推奨した。少なくともフランクファーターが、比較衡量を明白な現在の危険と対比させて主張したことは確認できる。なお表現の自由と比較衡量にはこのあとも多くの議論、判例があるが、それらは後日の機会にまわしたい。

## 2.2.2 憲法第4修正(刑事手続)と比較衡量

アレイニコフは、不合理な搜索・押収・抑留の禁止を規定する合衆国憲法第4修正<sup>149)</sup>に関し、「関連事件において最高裁は第4修正の範囲、搜索の定義、搜索の合理性、押収(・逮捕)の合理性、相当な理由の意味、制止と拘束を支持するため必要な容疑のレベル、証拠排除法則の範囲、保障獲得の必要性、少年の公判前拘束の合法性、を決定する際に比較衡量を用いた<sup>150)</sup>」という。本節においては証拠排除法則の範囲についてアレイニコフがあげた判

141) *Adamson*, 332 U.S., at 71-72.

142) この時期には、1948年の共産圏側によるベルリン封鎖とその対抗策としてのベルリン空輸、1949年の軍事同盟であるNATO(北大西洋条約機構)発足など軍事的な対立が激化した。それを受けてアメリカ国内でも議会に設置された非米活動委員会(1948年頃-1954年)の活動が活発化し、外交官アルジャー・ヒスや科学者ローゼンバーグ夫妻など多くの人々が無実の罪で圧力を加えられた。

143) *Dennis*, 341 U.S., at 509.

144) *Dennis*, 341 U.S., at 510.

145) *Dennis*, 341 U.S., at 510.

146) *Dennis*, 341 U.S., at 525.

147) *Dennis*, 341 U.S., at 527.

148) *Dennis*, 341 U.S., at 528.

149) 条項は次の通り。「国民が、不合理な搜索および押収または抑留から身体、家屋、書類および所持品の安全を保障される権利は、これを侵してはならない。いかなる令状も、宣誓または宣誓に代る確約にもとづいて、相当な理由が示され、かつ、搜索する場所および抑留する人または押収する物品が個別に明示されていない限り、これを発給してはならない。」

例を確認したい。

ウォーレン・コートの1961年のMapp判決は、「(違法) 証拠排除法則は「権利の本質的構成」として州に課せられるものではないと決定した<sup>151)</sup>」という1949年のWolf判決<sup>152)</sup>を判例変更し、「第4修正のプライバシーの権利は、第14修正のデュープロセス条項を通して州にも実施可能であると宣言されているから、連邦政府に用いられるように、同じ違法証拠排除の裁可により州にも実施可能である<sup>153)</sup>」として、「合衆国憲法に違反した捜索および押収によってえられたすべての証拠は、州の法廷でも容認できないと思料する<sup>154)</sup>」と判示した。このMapp判決に対し1974年のCalandra判決<sup>155)</sup>は、大陪審における証拠排除法則の適用について「適用されたときの証拠排除法則の潜在的な利益に対して、大陪審の歴史的な役割および機能に対する潜在的な損害を量らなければ (weigh) ならない<sup>156)</sup>」と述べ、証拠排除法則を適用した場合の利益と大陪審の役割と機能への損害を比較衡量する姿勢を示した。さらに「しかし、当裁判所は、証拠排除法則を他の(刑事上の)被告人に拡大適用することにおける追加的な利益が、真実を明らかにするすべての証拠の基礎によって、被疑者を起訴し、無罪にするか有罪とするかにおける公共の利益のさらなる侵害を正当化する、という確信がもてなかった」という1968年のAlderman判決<sup>157)</sup>を引用して「それゆえ、

大陪審の役割を大いに妨げるコスト(損害)のうえで、違法捜査の抑止における推定的で、間違いなく最小限の有利さ(利益)を獲得する、という見解を退ける<sup>158)</sup>」と判示した。すなわち、大陪審手続では証拠排除法則は適用されないとしたのである。1976年のStone判決<sup>159)</sup>は、「証拠排除法則の幅広い抑止目的にもかかわらず、すべての法的手続きにおいてまたはすべての人物に対して違法に押収された証拠の導入を禁止すると解釈されることは決してなかった<sup>160)</sup>」とし、Calandra判決の初めの引用部分に比較衡量(balancing)という用語を用いて引用した<sup>161)</sup>。そして、「当裁判所は、事実上、それらの文脈において証拠排除法則によって守られる利益より、偽証を防止し、公判手続の完全な状態を保障するための必要性が上回ると考える<sup>162)</sup>」と判示して、公判手続への証拠排除法則の導入を退けた。証拠排除法則により守られる利益と、偽証防止と公判手続の完全な状態保障の必要性(利益)を比較衡量し、後者が上回ると判断している。また、「長く認識されてきた証拠排除法則のコスト(損害)<sup>163)</sup>」といういい方をして、この損害のなかったときの利益が証拠排除法則によって守られる利益よりも大きいと示した。

1984年のLeon判決<sup>164)</sup>は、第4修正と証拠排除法則の関係につきCalandra判決を引用し「第4修正は、明確にその命令に違反してえられた証拠の使用

150) Aleinikoff (1987), at 965.

151) Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643, 650 (1961).

152) Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25 (1949).

153) Mapp, 367 U.S., at 655.

154) Mapp, 367 U.S., at 655.

155) United States v. Calandra, 414 U. S. 338 (1974).

156) Calandra, 414 U.S., at 349.

157) Alderman v. United States, 394 U.S. 165 (1968). 引用部分は、Alderman, 394 U. S., at 174-175.

158) Calandra, 414 U.S., at 352.

159) Stone v. Powell, 428 U.S. 465 (1976).

160) Stone, 428 U.S., at 486.

161) Stone, 428 U.S., at 487. 原文は次のとおり(下線は筆者による)。” Thus, our refusal to extend the exclusionary rule to grand jury proceedings was based on a balancing of the potential injury to the historic role and function of the grand jury by such extension against the potential contribution to the effectuation of the Fourth Amendment through deterrence of police misconduct : ”

162) Stone, 428 U.S., at 488.

163) Stone, 428 U.S., at 491.

を妨げる条項を含んでおらず、第4修正の原意や目的の考察は、過去の違法な捜索や押収の成果を利用することは、「第4修正を新たに不適切とするよう働くものではない」ことを明らかにする」から、「それゆえ、証拠排除法則は、“(不当に) 苦しんでいる当事者の、個人の憲法上の権利というより、一般にその抑止効果を通して第4修正の権利を保護するため立案された司法上の救済”として働く<sup>165)</sup>」とした。つまり、証拠排除法則は、直接の第4修正という憲法上の権利ではなく、第4修正の権利を保護するための司法上の救済にすぎないと判示したのである。そのうえで、Stone 判決に言及し「とくに、警察官が客観的に誠実か、またはその違反が軽微なものであったとき、そのような有罪である被告人にあたえられた利益の大きさは、刑事司法制度の基本的な概念を損ねる<sup>166)</sup>」として「刑事公判を含む、さまざまな文脈で進化してきた比較衡量アプローチは、“証拠排除法則は、捜索または押収は第4修正にしたがってなされた、合理的で誠実な信念において獲得された証拠の導入を許可すべく、修正されるべきだ、と力強く示唆する”」と、比較衡量アプローチによれば、証拠排除法則は修正されるべきだとした。さらに、「Stone 判決において、当裁判所は、連邦の人身保護令状手続での第4修正の主張にしたがった状況の限定は、証拠排除法則の妨害的影響を減少させない、という見解で表明された証拠排除法則の損失を強調し<sup>167)</sup>」、「刑事公判自体以外の他の手続への証拠排除法則の提案された拡大は、同様な(比較衡量的な) 分析的アプローチにしたがい、評価されて拒絶された」と再び Calandra 判決による大陪審手続への証拠排除法則の不適用に言及した。そして、

「第4修正の違法証拠排除法則は、公平で中立の治安判事により発行された、捜索令状に合理的に頼って活動する警察官によりえられたが、究極的には無効と判明する、主要な証拠の、起訴事件での使用を妨げるため適用されるべきではない<sup>168)</sup>」と結論した。意図的に悪質な違法捜索や押収でないかぎり、起訴事件において証拠排除法則は適用されるべきでないと結論したのである。

1984年の Sheppard 判決<sup>169)</sup>には言及しないが、権利章典として知られる個人の権利(自由)を規定した第4修正や前節の第1修正に比較衡量アプローチが適用された場合、どうしても規定された権利(利益)を状況や比較される他の自由(利益)との関係において縮小・緩和する形で用いられることが多くなる。この点をとらえて個別的比較衡量は司法消極主義につながるという批判がなされる。批判は当然であるが、本質は個別的比較衡量の手段的な性質からでたものであり、むしろどこで定義づけ比較衡量として歯止めをかけられるかを検討していくべきではないかと考えられる。

### 3 社会的課題と解決手段

#### 3.1 妊娠中絶と比較衡量

##### 3.1.1 トライメスター基準と比較衡量

1.1.1で Roe 判決の論点は、歴史分析、女性の権利、パーソン論、比較衡量であるとした。Roe 枠組みとは、第一に、女性の中絶する権利(利益)を認めること、第二に、その女性の権利(利益)と州の利益を比較衡量すること、第三に、比較衡量のやり方としてトライメスター<sup>170)</sup>基準を用いることであ

164) United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984).

165) Leon, 468 U.S., at 906. “内は Calandra 判決からの引用。Calandra, 414 U.S., at 348.

166) Leon, 468 U.S., at 908. 引用している Stone 判決は、Stone, 428 U.S., at 490.

167) Leon, 468 U.S., at 909. 引用している Stone 判決は、Stone, 428 U.S., at 489-495.

168) Leon, 468 U.S., at 897.

169) Massachusetts v. Sheppard, 468 U.S. 981 (1984).

170) トライメスター (trimester) とは 3 か月で  $4 \times 3 = 12$  週となる。第一期(初期)が 1-12 週、第二期(中期)が 12-24 週、第三期(後期)が 24 週以降とされる。

る。まず第二点についてRoe判決は「基本的な権利」が関わるころ、裁判所は、これら権利を制限する規制は「やむにやまれぬ州の利益」によってのみ正当化されるかもしれないと考えてきた<sup>171)</sup>」と女性の権利（利益）と州の利益の衡量の鍵となる「やむにやまれぬ」（compelling）という概念を示した。また「胎児は“母体外生存可能”、すなわち、人工的な支援によるとはいえ、母体の子宮の外で潜在的に生きうる状態、となる<sup>172)</sup>」が、「母体外生存可能は通常7か月（28週）からとされ、24週まで早まるかもしれない<sup>173)</sup>」と、もう一つの鍵である“母体外生存可能”（viability）を明らかにした。そのうえで、「母体の健康にかかる州の重要で法的な利益に関して、現在の医学的知識に照らして、“やむにやまれぬ”ポイントは、およそ第一トライメスターの終わりである<sup>174)</sup>」から、「このポイントよりあとでは、州は、規制が合理的に母体の健康の維持と保護に関連するというかぎり、中絶手続きを規制してよい」とした（第一の基準）。次に、「潜在的な生命にかかる州の重要で立法上の利益に関して“やむにやまれぬ”ポイントは、母体外生存可能となる時点（28週、24週より早くはならない）だ<sup>175)</sup>」から、「もし州が母体外生存可能以降、胎児の生命を保護することに関心をもつなら、母体の生命または健康を維持するために必要なときを除き、その期間中絶を禁止してもよい」とした（第二の基準）。これら

がトライメスター基準である。

1992年のCasey判決まではこの基準で論争が繰り広げられたが、基準を比較衡量を強調して構成すると、第一に、女性の中絶する権利（利益）に対し、州による規制がやむにやまれぬ利益によって正当化されるのは、12週よりあとであること、第二に、（12週よりあとであっても）規制は、母体の健康の維持と保護に合理的に関連する州のやむにやまれぬ利益が女性の中絶する権利（利益）を上回る必要があること、第三に、母体外生存可能を理由とする中絶の禁止は28週（または24週）以降となること、第四に、中絶禁止は、母体の生命・健康を維持するため必要なときは除くこと、となる。論点は主に規制内容が第二点をみたすか否かであったが、第一点も大きく影響した。規制内容を、A 事前承認・通知を要する（通知要件）、B 医師に注意義務を課す（医師義務要件）、C 施設・医師に一定の限定を加える（資格限定要件）、D インフォームドコンセントで説得する（インフォームドコンセント要件）、E 医師の報告を求める（報告要件）、F 24時間の待機を求める（待機要件）、G 本人への助言などを制限する（助言制限要件）、H 公的施設での実施や職員の援助を禁止する（公共制限要件）、I 公的資金補助を禁止する（公的資金要件）、J 出産方法その他要件と分類する<sup>176)</sup>。なお3.1.2の2000年のStenberg判決<sup>177)</sup>や2007年のGonzales判決<sup>178)</sup>はJ出産方法そ

171) *Roe*, 410 U.S., at 155.

172) *Roe*, 410 U.S., at 160.

173) *Roe*, 410 U.S., at 160.

174) *Roe*, 410 U.S., at 163. この基準の根拠として「これは、前記149に言及される、中絶における第一トライメスター（12週）の終わりまで死亡率は、通常の出産時の死亡率よりも低いという、現在の確立された医学的事実による」と説明した。

175) *Roe*, 410 U.S., at 163. この基準の根拠として「州の母体外生存可能時（28週、24週より早くはならない）以降の胎児の生命を保護する規制は、ゆえに、論理的および生物学的正当化理由を有する」ことをあげた。

176) Aには、A1 夫の同意、A2 夫への通知、A3 未成年者の親の同意、A4 未成年者の親の同意（裁判所が承認した場合）、A5 未成年者の親への通知、A6 病院委員会の承認、Bには、B1 二人の医師による実施確認、B2 二人の医師による確認（母体外生存可能後）、B3 医師の注意義務（母体外生存可能後）、B4 医師の母体外生存可能テスト義務（20週以降）、Cには、C1 資格免許医師に限定、C2 認可病院に限定、C3 認可病院に限定（中期以降）、C4 診療所・病院に限定、D はインフォームドコンセント、Eには、E1 事案の報告、E2 報告記録の作成、E3 緊急時の報告、F は24時間の待機、G は医師による助言の禁止、Hには、H1 公共施設での実施の禁止、H2 州職員の援助の禁止、Iには、I1 州の医療補助金の禁止、I2 連邦補助金の禁止、Jには、J1 部分的出産中絶の禁止、J2 母親健康危害の例外条項なし、という要件が含まれる。

177) *Stenberg v. Charbart*, 530 U.S. 914 (2000).

178) *Gonzales v. Charhart*, 550 U.S. 124 (2007).



の他要件、2016年の *Hellerstedt* 判決<sup>179)</sup>はC資格限定要件に関するものである。

規制内容と基準の関係を具体的に考察してみる。1973年の *Doe* 判決<sup>180)</sup>では、判決はC資格限定（病院認定）要件につき、「特定の医療上の問題と中絶措置の危険性に関連していないため、基本的権利の過度に広範な侵害である<sup>181)</sup>」として第二点の条件をみたさないことを判示した。これは、規制（病院認定要件）は、母体の健康の維持と保護に合理的に関連する州のやむにやまれぬ利益からなされたことを、州が示せていないため、衡量するまでもなく違憲無効としたと解釈できる。すなわち、第二点の条件をみたさないことは、比較衡量していないというより、比較衡量の過程で、その前提条件をみたさないことが判明したと考えられる。さらに「病院認定要件は、妊娠の第一 trimester を除くことに失敗しているため無効である<sup>182)</sup>」と、州による規制が正当化されるのは12週よりあとという、第一点もみたしていないとした。次に、A通知要件につき、「中絶についての病院委員会の仲裁は、すでに主治医によって保護されている患者の権利と必要性を、不当に規制する<sup>183)</sup>」と認めなかった。第二点をみたさないと判示している。最後に、B医師2名の同意要件も「(2名の医師による同意)制度は、実質的で非合理的な障害を課すとされ、中絶判断の迅速な決定に対し“明らかに不適當である”<sup>184)</sup>」とした。

1976年の *Danforth* 判決<sup>185)</sup>は「妊娠初期12週の

間に中絶を申請する前に、女性は書面で手続きに同意し、同意は情報提供されて自由意志でしたもので、強制の結果ではない、と証しなければならない<sup>186)</sup>」というDインフォームド Consent 要件は「同意条項はそれ自体では憲法違反ではない<sup>187)</sup>」とした。しかし、「同じ期間に、資格を有する医師が、中絶は母体の生命を維持するために必要であると証しなにかぎり、書面による女性の配偶者の同意を要する<sup>188)</sup>」というA1通知要件は、「配偶者の同意条項は、*Roe* 判決で宣言された基準に対応しておらず、州は、“州自身が妊娠の第一 trimester 期間実施が絶対的かつ総合的に禁止されるところの、拒否権限を配偶者に付与”できないから、違憲である<sup>189)</sup>」と判示した。第一 trimester 期に規制はできないという第一点に反しており、憲法違反だとしたのである。「同じ期間に、同じ但し書で、18歳以下の未婚女性の中絶に対する、親または親の立場の人物の中絶への書面による同意を要する<sup>190)</sup>」というA3通知要件も「未成年者の妊娠の終了に対する前提条件のように、女性およびその主治医以外の人物によって行使されうる、特別な同意条項を課すということであり、…*Roe* 判決と *Doe* 判決の枠組みに違反する<sup>191)</sup>」と述べた。このように、*Danforth* 判決は、Dインフォームド Consent 要件は問題ないが、A1、A3通知要件は第一点に反しているため違憲としたのである。

1986年の *Thornburgh* 判決<sup>192)</sup>の法廷意見は「報

179) *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt*, 579 U.S., 136 S.Ct. 2292 (2016).

180) *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973).

181) *Doe*, 410 U.S., at 194.

182) *Doe*, 410 U.S., at 195.

183) *Doe*, 410 U.S., at 198.

184) *Doe*, 410 U.S., at 198.

185) *Planned Parenthood v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976).

186) *Danforth*, 428 U.S., at 65.

187) *Danforth*, 428 U.S., at 67.

188) *Danforth*, 428 U.S., at 67–68.

189) *Danforth*, 428 U.S., at 69.

190) *Danforth*, 428 U.S., at 74.

191) *Danforth*, 428 U.S., at 75.

192) *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986).

告要件は、妊娠を終わらせるため主治医とともに個人的で激しくプライベートな権利を行使することを選んだ女性達に対する、公共への暴露とハラスメントの亡霊をよび起こす」から、「権利行使を抑止する、受けいれられないダメージを課すので、無効化されなければならない<sup>193)</sup>」としたが、これは2.1.1における新のいう、その制限（報告要件）によってもたらされる利益（州の規制利益）とそれを制限しない場合に維持される利益（女性達のダメージの非発生）を比較衡量し、前者の価値が優位するときは制限を合憲とし、後者の価値が優位する（受けいれられない）ときは違憲とするという比較衡量の定式にしたがうものである。トライメスター基準は、厳しい審査基準として機能したと結論できる。

### 3.1.2 不当な負担基準と比較衡量

Thornburgh 判決ころから1994年の「クリニックへの自由なアクセス法」制定までは、中絶反対派の暴力行為<sup>194)</sup>が横行し<sup>195)</sup>、医師や女性や自治体に圧力が加えられた<sup>196)</sup>。暴力はその後も続き、1993年からは医療関係者の殺害にまで発展する<sup>197)</sup>。中絶反対派の戦略につき緒方は「①憲法修正で中絶を全面禁止…を最終目標として、②法廷闘争や③連邦最高裁判事の保守化寄りへの入れ替え、④過激派ブ

ロライフの暴力行為、…⑤一連の中絶規制法制定によって…からめ手から中絶全面禁止（番号は引用者）<sup>198)</sup>」をめざすと説明する。④暴力行為は後述するアクセス問題の一因となった。②法廷闘争では、1989年の Webster 判決<sup>199)</sup>と1992年の Casey 判決が重要である。Webster 判決の法廷意見は、I 公的資金による中絶を制限すること（公的資金要件）、B 医師に妊娠20週以降の母体外生存可能性検査を義務づけること（注意義務要件）を合憲とした。I 公的資金要件は、裁判所は州に中絶を促進する措置を義務づけるつもりはないと解釈すれば、それほど違和感はないようにみえるが、実際には中絶を望む貧しい女性に大きな打撃となった。

1992年の Casey 判決は多くの要件を合憲とし<sup>200)</sup>、Roe 判決枠組み自体は残したが、トライメスター基準を撤回し不当な負担基準を導入して、A 通知要件のうちの配偶者の同意をえる条件を除き、他の要件は事実上すべて容認する見解を示した<sup>201)</sup>。不当な負担基準をトライメスター基準と同じ比較衡量の形式で記述すると、第一に、女性の中絶する権利（利益）に対し、州による規制がその利益によって正当化されるのは、妊娠の全期間であること、第二の一に、規制は、潜在的な胎児の生命にかかる州の重大な利益を保護するため、州の目的が出産を選

193) Thornburgh, 476 U.S., at 749.

194) 緒方 [2006] 51頁。中絶反対（プロライフ）派のオペレーション・レスキューという組織が1986年に設立され、「中絶クリニックの周りに二重三重に人垣を作って座り込み、中絶手術を受けにきた女性に中絶を思いとどまるよう「説得」するという」活動手段を、全米各地で「警察に捕えられ投獄されるまでこれを行（った）」という。

195) 高橋 [2020] 66頁、注237)。荻野を引用して、中絶を実施するクリニックに対する爆破、放火、侵入など直接行動の件数が1984年は131件、1986年は133件にあがったと述べた。

196) 緒方 [2006] によれば、女性への心理的圧力はもちろん、クリニックの前での座り込みや暴力的威嚇で嫌気がさした医師が中絶手術をやめてしまう効果や、警官の出動費用や投獄費用などで自治体に経済的圧迫をかける狙いもあったとする。51頁。1991年夏には、カンザス州ウィチタで1600人ものデモ隊がクリニックの回りに人垣を作り、胎児に重い心臓の奇形があるため中絶する主婦も含めた患者が翌日まで路上のバス内で待機することを強いられたという。82-83頁。

197) 緒方 [2006] 「77年以来94年までに、クリニックの包囲は600件以上、逮捕者3万1000人…、中絶医への暴力は91件、放火・爆破は未遂も含めて200件以上、爆弾の脅迫は300件、中絶医への殺人脅迫状は178件、いやがらせの電話や脅迫状は1500件以上…。200人の中絶医がクリニックから連れ去られた」という。116頁。次の殺人等が発生した。1993年3月フロリダ州中絶医、同8月アラバマ州中絶医、1994年7月フロリダ州中絶医、付き添い1名、同12月マサチューセッツ州クリニック受付2名、他5名負傷。1998年ニューヨーク州中絶医。116-118頁。119頁。

198) 緒方 [2006] 246頁。

199) Webster v. Reproductive Health Services, 492 U.S. 490 (1989).

200) A2夫への通知要件は違憲としたが、Casey, 505 U.S., at 894-898. A5未成年者の親への通知要件、*Id.*, at 899-900. D インフォームドコンセント要件、F24時間待機要件、*Id.*, at 881-887. E3緊急時の3件の報告要件、*Id.*, at 900-901. はすべて合憲とされた。

択するような説得であるかぎり、州の利益が女性の中絶する権利（利益）を上回るとみなされること、第二の二に、規制は、目的が母体の健康または安全のためであれば、州の利益が女性の中絶する権利（利益）を上回るとみなされること、第二の三に、ただし、母体外生存可能（28週または24週）以前の規制は、目的または効果が女性に実質的な障害を設けることであれば、女性に不当な負担を課することになり<sup>202)</sup>、不当な負担となる説得手段や不必要な健康規制は無効となること、第三点、第四点は変更ないことである。第二の三点の目的・効果が実質的な障害であることを女性側が立証できないかぎり、あらゆる規制が認められるとも解される。このことが、共和党が連邦議会を掌握した1995年以降の⑤中絶規制法の制定につながった。緒方は、⑤中絶規制法として胎児の研究への連邦資金使用禁止など7項目をあげている<sup>203)</sup>。州レベルでも多数の中絶制限法が導入された<sup>204)</sup>。このようにCasey判決が中絶制限を増加させたことには批判があり、中曽はCasey

判決が導入した不当な負担基準について「結果として中絶規制を正当化する機能を有しており、そのために、不当な負担テストは意味のないテストであると批判されている（近年この批判は有力となっている）<sup>205)</sup>」という。

ところが小竹は、Casey判決には不当な負担基準に加えて、文面上違憲の主張の判断に関する重要な判示<sup>206)</sup>が含まれていると述べる<sup>207)</sup>。同判決が文面違憲につき「憲法上の検討を行う際に焦点を合わせるべきは、その法律が制約となっている集団であり、その法律と無関係な集団ではない<sup>208)</sup>」としたという。さらに、Casey判決はSalerno判決<sup>209)</sup>に言及して、従来の基準は「その下で、法律が有効となる一そろいの状況も存在しないことを、文面上違憲を主張する者が立証しなければならない<sup>210)</sup>」だったが、これを「[当該規定]が関係する事例の大部分で、[その規定が]中絶を受けるという女性の選択に対する実質的な障害として作用するであろう<sup>211)</sup>」ときには、「過度の負担（引用者注：不当な負担）となり、

201) Casey, 505 U.S., at 878-879. 判決原文の裁判官3名の共同意見による要約部分の訳は次のとおり。

(a) 同時に潜在的な生命についての州の重大な利益と調整しながらとはいえ、Roe判決によって認識された（女性の）中核的権利を保護するため、当裁判所は、この見解において説明したように、不当な負担基準を採用する。もしも州の目的または効果が、胎児が母体外生存可能を獲得する前に中絶を求める女性の進路内に実質的な障害を設けることであれば、不当な負担は存在し、それゆえ当該法の条項は無効となる。(b) 当裁判所は、Roe判決の厳格なトライメスター基準を棄却した。潜在的な生命についての州の重大な利益を保護するため、妊娠の全期間を通して州は、女性の選択がインフォームドされていることを確実にするための手段をとってよく、州の目的が女性に中絶より出産を選択するよう説得することであるかぎり、この（州の）利益を促進するため設計された手段は無効化されない。これらの手段は、（女性の）権利に関する不当な負担でない必要がある。(c) いかなる医療上の手続きとも同様に、州は、中絶を求める女性のさらなる健康または安全のための規制を制定してよい。(ただし、中絶を求める女性に対し実質的な障害を設ける目的または効果をもつ、不必要な健康規制は、（女性の）権利に不当な負担を課す。(d) 当裁判所の不当な負担基準の採用はRoe判決の中核枠組みを妨げず、当裁判所はその枠組みを再確認する。特別な状況に例外措置がなされるかどうかにかかわらず、州は、いかなる女性にも母体外生存可能前の妊娠を終了させる究極の意思決定をなすことを禁止できない。(e) 当裁判所は同様に、“母体外生存可能にしたがい、潜在的な人間の生命における州の利益を促進する州は、もし州が選ぶならば、適切な医療上の判断において、母体の生命または健康のために必要な場合を除いて、中絶を規制し、さらには禁止さえしてもよい”、というRoe判決の枠組みを再確認する。

202) この第二の三点を、比較衡量の用語で表すと、その制限（目的または効果が女性に実質的な障害を設けるもの）によってもたらされる利益（州の規制利益）とそれを制限しない場合に維持される利益（不当な負担による女性達のダメージの非発生）を比較衡量し、後者の価値が優位する（受け入れられない）から違憲・無効とする、ということになる。

203) 緒方〔2006〕234頁。緒方は連邦法として次のものをあげた。「・海外の軍隊勤務女性および軍隊の家族が中絶を受ける場合、自費でも軍の病院では受けられない。・連邦刑務所に服役中の女性の的中絶禁止。・海外の家族計画プログラムへの資金カット。・連邦公務員の健康保険で中絶費用支払いを禁止。例外は強姦、近親相姦、生命の危険のみ。・平和部隊のボランティアの中絶に連邦資金使用禁止。例外は生命の危険。・貧困層に法的支援を行う組織LSC (Legal Services Corporation) が中絶関連訴訟を行うことを禁止。・胎児の研究への連邦資金使用禁止。」

204) 緒方〔2006〕234頁。緒方は「中絶制限法がある所が98年1月現在38州とワシントン特別区、三種類以上の法律があるのは17州におよぶ」という。

205) 中曽〔2017〕37頁。



文面上違憲となると判示した<sup>212)</sup>』という。そのうえで小竹は、第一に、同基準は、中絶訴訟にきわめて大きな影響をあたえること、第二に、なぜなら、中絶訴訟では、適用違憲の主張より文面上違憲の主張が標準であり、どんな中絶規制もいくつかの状況では合憲的に運用できるので、Salerno 判決の基準であれば、事実上、文面上違憲の主張の締めだしとなるためであること、第三に、同基準の問題は、不当な負担基準の運用にも多大な影響をあたえること、第四に、その理由は、対象がすべての女性ならば制定法の効果は限定されたものとなるが、対象が当該制定法の作用する集団のみとなれば、制定法の

効果はより実質的な障害に近づくからであること、と考察する<sup>213)</sup>。

1992年のCasey判決後、1995年と1997年に連邦議会が出産類似中絶禁止法(PBAB: Partial-Birth Abortion<sup>214)</sup> Ban Act)が二度成立し、二度クリントン大統領は拒否権を発動した。そのような状況の2000年にStenburg判決は、母体の生命保護を除きすべての出産類似中絶を禁止したネブラスカ州法を違憲とした。州法は、中絶禁止は、母体の生命・健康を維持するため必要なときは除くという先例(トライメスター基準と不当な負担基準の第四点)と矛盾しているという。不当な負担については

206) Casey, 505 U.S., at 894-895. 判決原文の文面上違憲の主張の判断部分の訳は次のとおり。

被上訴人は、中絶する女性の20%だけが既婚者であるという認識からはじめる。被上訴人は、これらの95%の女性は自らの意思でその配偶者に通知していることに留意する。それ故、被上訴人は、3209の影響は中絶する女性の1%だけによって感じられていると主張する。被上訴人は、これらの女性には紛糾することなく配偶者に通知できるか、例外事項の一つにあてはまるものもあるだろうから、法制は中絶を求める女性の1%より少ない者に影響する、と述べる。この理由のため、法制は文面上違憲にはなりえないと主張される。当裁判所は、被上訴人の分析の基本的手法に同意しない。「分析は、当該外制定法が作用する1パーセントの女性で終わるのではなく、そこから始まる。(小竹訳)」法制は、それが行動に影響するそれらの女性への効果によって憲法との一貫性を量られる。たとえば、われわれは、新聞に候補者からの回答を不都合に編集して印刷するよう要求する法律を文面上合憲とはいえない、なぜならば、大半の新聞はその法律がなくても政策を受け入れるからである。「憲法上の検討を行う際に焦点を合わせるべきは、その法律が制約となっている集団であり、その法律と無関係な集団ではない。(小竹訳)」被上訴人の議論自体が、その批判のポイントの一つで、この原則への暗黙の認識をあたえる。被上訴人は、既婚でその中絶予定を配偶者に通知しないことを選ぶ、中絶を求める女性の1%について語る。すべての女性やすべての妊婦より、中絶を望む管理された女性の集団を選ぶことによって、被上訴人は、3209は、無関係な規制というよりそれが現実である女性への言及によって判断されなければならない、ということを確認している。もちろん、すでに述べたように、3209の真の目標は、州によって特定化された中絶を求める女性の集団よりもより狭いものである：それは、意思で夫に通知することを望まず、通知要件についての法定例外事項の一つに適切でない、中絶を求める既婚女性である。上記に文書で証明する、不幸だが持続する状況は、3209がかかわる事件の大きな断片において、3209は、女性の中絶を受ける選択に対して実質的な障害として作用している、ということの意味する。3209は、不当な負担であり、無効である。

207) 小竹 [2007] 30-32頁。

208) 小竹 [2007] 31頁。判決原文は、Casey, 505 U.S., at 894.

209) United States v. Salerno, 481 U.S.739 (1987).

210) 小竹 [2007] 31頁。判決原文は、Casey, 505 U.S., at 972. Salerno判決の原文全体は次のとおり。A facial challenge to a legislative Act is, of course, the most difficult challenge to mount successfully, since the challenger must establish that no set of circumstances exists under which the Act would be valid. (下線部分が引用部分。) Salerno, 481 U.S., at 745.

211) 小竹 [2007] 31頁。判決原文は、Casey, 505 U.S., at 895.

212) 小竹 [2007] 31頁。

213) 小竹 [2007] 31頁。小竹は判例を示しながら「文面上違憲の主張をめぐるSalernoテストとCaseyテストで取られたアプローチとの対立については、引き続き、最高裁内部で議論の応酬が見られ、未だ決着がつけられていない」(32頁)と補足する。

214) 医学的な用語ではなく、生命支持(中絶反対)派による造語である。根本 [2002] は「合衆国の中絶のうち約90%は初期(第1三半期、妊娠12週まで)に行われるが、これはここでは問題ない(支配的な術法は真空吸引法とされる)。残り10%の中期(第2三半期、独立生存前まで)の中絶のうち95%はD&E(Dilation & Evacuation, 拡張排出法)によって行われる。この方法は、子宮頸を拡張し…少なくとも胎児の組織の一部を除去するものである。そして、妊娠16週以降はintact D&Eによる。これは、通常のD&Eに加えて、子宮からの排出を容易にするために胎児やその一部の解体・切断・破壊を伴うものである。そのうち胎児の脚が先にある場合にD&X(Dilation & Extraction, 拡張引出法)が行われる。この方法は、子宮頸から胎児を引っ張り頭部を残し引き出して—この時点では胎児は生きており見かけは出産と変わらない—、排出を容易にするために頭部を縮小する—具体的には頭部に鉗を使って吸引チューブを入れ脳など頭部の内容物を吸い取った後に、胎児の体全体を引き出す。このD&Xを生命支持派は出産類似中絶と呼んで、その残虐さを世論に訴えてきた」と詳細に説明する。206-207頁。これらの記述は、主として、判決原文のStenburg, 530 U.S., at 923-927.の内容に対応する。



「D&E 術法によって中絶手術を行うすべての者が、訴追、有罪判決、そして投獄の脅威にさらされるから、ネブラスカ州法は、中絶の決定をする女性の権利に対して不当な負担を課している<sup>215)</sup>」とした。同判決は Roe 判決と Casey 判決から判断基準を用いており、これらで示された枠組みにそっている。ところが、2007 年の Gonzales 判決は intact D&E を禁止した連邦法の 2003 年 PBAB 法を合憲とし、連邦法には母体の健康の例外規定はないが、不当な負担にはならないと判示した。これは、不当な負担基準（合わせてトライメスター基準）の第四点に反する判断である。また根本は「(引用者注：Stenburg 判決と) 結論を分けたのは、オコナー裁判官がアリート裁判官に代わっただけ、という見方が多い<sup>216)</sup>」という。これは、中絶反対派の③判事の入替え戦略によるともいえる。また中絶全体の数%にみえない出産類似中絶をとりあげた狙いは、中絶が残虐な行為だというイメージを米国民に浸透させ、最終目標の①中絶全面禁止の憲法修正を少しでも有利にすることだったのかもしれない。

しかし、⑤中絶規制法の制定戦略は、TRAP 法<sup>217)</sup>に関連した 2016 年の Hellerstedt 判決によっ

て大打撃を受けた。中曽は「法廷意見の最大の特徴は、不当な負担テストを厳格に適用し、特権の獲得の義務付け<sup>218)</sup>、ASC の水準充足の義務付け<sup>219)</sup>の双方の規定を文面上違憲としたことである<sup>220)</sup>」という。この特権の獲得の義務付け（入院特権要件<sup>221)</sup>）と ASC の水準充足の義務付け（外科診療所要件<sup>222)</sup>）は、ともに C（中絶医師または施設の）資格限定要件であり、文面上違憲は小竹が指摘した Casey 判決における文面上違憲の主張の判断と関係している。C 要件は中絶を希望する女性の中絶施設までの移動に長時間を要するというアクセス問題にかかわるが、緒方は「中絶を受けるためには何百キロも運転して泊りがけで行くことが必要となる<sup>223)</sup>」という。Hellerstedt 判決は連邦地裁の事実認定を引用し、移動距離区分として 50 マイル (80 キロ) 超、100 マイル (161 キロ) 超、150 マイル (241 キロ) 超、200 マイル (321 キロ) 超を示した<sup>224)</sup>。200 ～ 300 キロ移動するのは普通だということになる。また根本は、同判決の「最大の特徴は、ケイシー判決の不当な負担の基準が、当該規制がもたらす負担と効用とを総合的に検討せよとして、この基準が比較衡量であることを明らかにしたことである<sup>225)</sup>」という。

215) 根本 [2002] 199 頁。判決原文は、Stenburg, 530 U.S., at 945.

216) 根本 [2008] 174 頁。根本は加えて「ステンバーグ判決のオコナー同意意見が、明確に健康例外を合憲判断の絶対条件としていたことから当然の評価と言える」と、母体の健康の例外規定についての判断を覆したことを説明した。

217) Targeted Regulation of Abortion Providers 法のこと。中曽 [2017] は「TRAP 法の目的は、中絶を行おうとする女性に対してではなく、中絶施設の提供者、中絶施設に対して医学上不要の規制を行い、中絶施設を提供できなくし、あるいは、既存の中絶施設での中絶を行えなくすることで、中絶を妨げることにある」という。21-22 頁。

218) 中曽 [2017] 22 頁。中曽は特権の獲得の義務付けを「中絶を行う医師に対して中絶施設から 30 マイル以内で、産婦人科のある病院に患者を搬送し診察する特権を獲得していることを義務付けるというもの」と訳出した。判決原文は、Hellerstedt, 579 U.S., Opinion of the Court, at 1-2.

219) 中曽 [2017] 23 頁。中曽は ASC の水準充足の義務付けを「中絶施設に対して Ambulatory Surgical Center (ASC) と同様の水準の充足を義務付けるというもの」と訳出した。判決原文は、Hellerstedt, 579 U.S., Opinion of the Court, at 2. なお中曽 [2017] は、同義務付けについて「具体的には、施設の運営に関する義務付けとして、診療記録、患者の権利、医療の質、要員、衛生を規定する。それ以外に、火災防止と安全に関する義務付け、場所、建物の構造、電気といった設備に関する義務付けも規定されている」と補足した。23 頁。

220) 中曽 [2017] 42 頁。

221) 根本 [2017] は、入院特権要件（特権の獲得の義務付け）について「中絶医のグループが入院特権要件が違憲であるとして提訴したが、敗訴していた（アボット事件）」こと、「本法施行後、中絶医の別グループが…14 修正に違反するとして…マッカレンとエルバンにおいて、本法の施行を差し止めるよう求めて、本件訴訟を提起した」ことを説明している。30-31 頁。

222) 根本 [2017] は、外科診療所要件（ASC の水準充足の義務付け）について「本法施行後、中絶医の別グループが…14 修正に違反するとして…テキサス州全体で本法の施行を差し止めるよう求めて、本件訴訟を提起した」と補足した。30-31 頁。

223) 緒方 [2006] 197 頁。緒方が用いた資料は次のとおり。Meleah Marynard, "No Choice," Minneapolis City Pages, June 27, 2001, pp.10-19.

つまり、小竹、中曾、根本の指摘を合わせると、Hellerstedt 判決は、Casey 判決で定式化した比較衡量である不当な負担基準を厳格に適用し、同じく同判決で示した文面上違憲の主張の判断に基づき、二つの要件を文面上違憲とした、ということになる。紙幅の余裕はないが、その具体的適用について 3.2.2 で検討したい。

### 3.2 社会的課題への対応

#### 3.2.1 人間・生命をめぐる考察

1.2.2 で女性の役割をめぐる問題につき女性同士で意見の違いがあると述べたが、もう一つの人間・生命をめぐる問題にもふれておく。ベンスは「哲学者のなかには…、人格と人間を区別する人がいる」が「〈人間〉は事実に関わる用語であり、〈人格〉は生きる権利があるということを含意する、価値判断に関わる用語である<sup>226)</sup>」という。そして、人格を決める基準には「人格であることは、…「認知」の能力があること<sup>227)</sup>」という認知的基準、「人格であるかどうかは、ヒトに固有の遺伝子を持っているかどうか<sup>228)</sup>」という遺伝的基準、「〈人格〉を検証可能な脳波を持つ人間と定義<sup>229)</sup>」するという神経学

的基準があるとする。これら基準の決定的な優劣を定めることはなお困難であろう。また「独立した存在として生きる能力」である母体外生存可能について、「しかし現実には、早産した胎児のなかには生存可能性を持たない場合があり、…一方で生き延びる胎児もあり、新生児学の専門家には普通、どの胎児が生き、どの胎児が死ぬかわかる<sup>230)</sup>」という。これは、個人的な差異により、妊娠後 24 週や 28 週という基準で母体外生存可能を論じること自体に限界があることを示している。価値判断の基本にある事実認識が確実でなければ、論争は紛糾するであろう。中絶と殺人についてドゥオーキン<sup>231)</sup>は、中絶反対派は「人間の生命は妊娠の瞬間に始まり、胎児はその瞬間から人であり、中絶は謀殺もしくは殺人…又は人間の尊厳に対する攻撃である<sup>231)</sup>」と主張するが、この主張は二つの見解として構成できるという。「胎児は妊娠が開始された時から生存し続ける利益を必然的に伴う、それ自身の権利に関する諸利益を持った生命体」であり、「人が有する殺されない権利を侵害するが故に…悪とされる<sup>232)</sup>」という派生的異議と、「人間の生命が有する神聖な性質というものは、その生命体が人間としてそれ独自の…利益

224) 根本 [2017] 54 頁。根本は連邦地裁の事実認定 8 を「入院特権要件の施行前後（2012 年 11 月、2014 年 5 月）で、そして外科診療所要件施行後（2014 年 9 月以降）で、中絶クリニックがある地域が減少し、出産可能年齢の女性で、中絶クリニックまで遠い女性が大幅に増えた。中絶クリニックまで 50 マイル超：80 万人（2012 年 11 月）→160 万人（2014 年 5 月）→200 万人（2014 年 9 月以降）、100 マイル超：40 万人→100 万人→130 万人、150 マイル超：8.6 万人→40 万人→90 万人、200 マイル超：1 万人→29 万人→75 万人」と訳出した。（ ）内は引用者注。判決原文は、Hellerstedt, 579 U.S., Opinion of the Court, at 5.

225) 根本 [2017] 43 頁。また根本は「もうひとつ（の特徴：引用者注）はゴンザレス判決の読み方である」として、Hellerstedt 判決が「憲法上の権利が問題となっている場合、裁判所には事実認定を審査する独自の憲法上の義務があると指摘した」ことを強調した。44 頁。

226) ベンス（宮坂ほか訳）[2000] 272 頁。

227) ベンス（宮坂ほか訳）[2000] 272 頁。ベンスはこの認知性基準に関連して、マークスとクインの、人格を殺すことが不正である理由は、その人の将来の認知経験を奪うからである、という説に言及し、論評している。このマークスらの説をめぐる論争は重要であるが、本稿ではこれ以上ふれない。

228) ベンス（宮坂ほか訳）[2000] 274 頁。ベンスはここで「精子と卵子が合体し、遺伝子を合体させるときに、結果…として生じる胚は、栄養を供給してくれる子宮があれば完全な人格となる潜在的能力を、すべて DNA のなかに備えているという」ヌーナンの考え方に言及し、考察している。

229) ベンス（宮坂ほか訳）[2000] 275 頁。

230) ベンス（宮坂ほか訳）[2000] 276 頁。ベンスは、マサチューセッツ州におけるケネス・エデリンの裁判で被告側弁護人が「検察側の専門家証人として証言した他の医師たちに尋問し、妊娠 24 週以内に、たとえ 2、3 日でも子宮外で生きていた胎児を見たことがないことを全員に認めさせた」事実を記載し、母体外生存可能性が医療技術の進歩によってどんどん早まるという見解には、限界があることを示す。Commonwealth v. Edelin, 359 N. E. 2d4 (Mass. 1976)。関連箇所は Edelin, 359 N. E. at 505-506, 522-523.

231) ドゥオーキン（水谷ほか訳）[1998] 14 頁。

232) ドゥオーキン（水谷ほか訳）[1998] 14 頁。

を持つ…前であっても、生物学的な生命が開始された瞬間に始まっている」から「本来的な価値と神聖な性質を無視し侮辱しているが故に…悪とされる<sup>233)</sup>」という独自の異議である。派生的異議は、妊娠開始時から利益・権利をもった生命体である、胎児の殺されない権利を侵害するため悪であるという見解で、独自の異議は、人間としての利益をもつ前の生命開始時から始まる、人間の生命の神聖さを侮辱するため悪であるという見解と理解される。さらに、「中絶に反対する人のほとんどは、実際には前者（引用者注：派生的異議）よりも後者（引用者注：独自の異議）で反対している<sup>234)</sup>」とする。荻野もドゥオーキンに言及し、前者に関連した「中絶はすでに生きている人間を殺すのとまったく同じ「殺人」であって、法的にもそのように扱われなければならないとする解釈」と、後者に関連した「人間の生命はどれほど潜在的であれそれ自体が価値を持ったものであり、したがって、その生命を中断させる中絶は道徳的、原理的に悪であるとする判断」は「厳密には必ずしも同じものではないはずである<sup>235)</sup>」という。そして、「にもかかわらず、なぜ中絶反対派は受精卵はすでに「人間」であり、中絶は道徳的のみならず法的にも「殺人」であると主張するのだろうか<sup>236)</sup>」と自問する。

ここで、論点整理の尺度として「個々の具体的な問題に対する社会的な対処の方法<sup>237)</sup>」である社会的合意という概念を導入する。平石は、社会的合意が必要とされる状況について、第一に、多くの国では代議制議会での立法や政策決定という社会的決定

により、社会の基本的なあり方などの基礎的な合意がなされること、第二、それ以外に司法の判決や、専門家による公的委員会での審議、学会など専門家集団の判断も対処の方法としてあること、第三に、つまり、社会的合意とは第一点や第二点での決定や対処にゆだねるのはふさわしくなく、社会全体での議論を通じて対立を吸収できる形が望ましい場合であることを指摘した<sup>238)</sup>。この点に関連しローゼンブラットは、自らも参加した1990年の公開テレビ討論会<sup>239)</sup>について、会の目的は「意見の違う…者を一堂に会して、妥協案あるいは新しい考えかた…には、なにが根拠となりうるかを探ること」だったが、「すでに分かりきった立場と姿勢にこり固まっているかを露呈しただけ<sup>240)</sup>」に終わったという。この「すでに分かりきった立場と姿勢」とはどのようなものであろうか。荻野は、前述の自問のあと、中絶反対派の倫理観を「この倫理観に立てば、人が人を殺すことは「汝の隣人を愛せよ」というキリストの教えに背くことであり、いかなる理由や状況のもとでも本質的・絶対的に悪である以上、それは道徳的にだけでなく法的にも悪として規定されなければならないことになる<sup>241)</sup>」という。また、受精卵はすでに人間だという反対派の生命観の説明として、第一に、「中絶反対派の思考には、ものごとを相対的な利害得失や結果の善し悪しによって判断する目的論的・相対主義的倫理観ではなく、本質的に善か悪かによって峻別し二分しようとする義務論的・絶対的倫理観が顕著に見られ」ること、第二に、「「人間」あるいは「個人」という概念がアメリカ社

233) ドゥオーキン（水谷ほか訳）[1998] 15頁。

234) ドゥオーキン（水谷ほか訳）[1998] 17頁。

235) 荻野 [2012] 207頁。

236) 荻野 [2012] 208頁。

237) 平石 [1998] 255頁。

238) 平石 [1998] 255-256頁。

239) ローゼンブラット（くばた訳）[1996] 31-44頁。主なパネリスト12名の内訳は次のとおりで、中絶擁護派として、中絶擁護団体の役員2名、多数の実施経験のある産科医、中絶擁護派作家、プロテスタントの牧師、中絶反対派として中絶反対団体の役員2名、保守的判事、カトリック神父、世論調査員、中立の立場として、中立の団体の役員、ローゼンブラットであった。

240) ローゼンブラット（くばた訳）[1996] 31頁。

241) 荻野 [2012] 208頁。

会で持っている高い位置づけと法的強制力<sup>242)</sup>に基づくことだとする。仮に「すでに分かりきった立場と姿勢」が義務論的・絶対的な中絶反対派の倫理観を意味するならば、それは衡量するという概念とも整合性がない。その程度を量るのではなく、善か悪かのいずれかしかないから、譲歩の余地がないのである。

次に、平石は社会的合意論の前提として、第一に、「特定の道徳的立場や権威に公共的に優先性を与えることの放棄を含んでいる<sup>243)</sup>」こと、第二に、「その社会を離れた普遍的な正当性への要求の放棄をも意味している」こと、第三に、「合意の存在はよいことで、合意の不在は悪いことであるという判断は、ここには含まれていない<sup>244)</sup>」ことを説明する。これは、社会的合意の本質がある種の妥協を含むことを意味するが、中絶反対派の義務論的・絶対的倫理観は、第一点とも第二点とも真っ向から反するであろう。第一点の（キリスト教という）道徳的立場や権威の優先性の放棄も、第二点の（キリスト教という）普遍的な正当性の放棄も受け入れようがない。前提条件を確認する段階ですでに回避できない対立のあることがわかる。

荻野は、1.2.2で述べたように問題の本質につき、女という性の定義と、人間・生命の価値の解釈という二つの主題に関する価値論争であるという。緒方は「女性の役割をめぐる対立が基本にある」といい、「宗教とか生命とは何かということは問題の根底ではない<sup>245)</sup>」として、荻野のいう前者の価値論争が本質だとする。そして、「①女性の社会進出、性を含めて女性の生き方が解放されたこと、いわゆるフェミニズムへの反発、②…アメリカ特有の

ピューリタニズム…悪く言えば融通の利かないナイーブさ<sup>246)</sup>」が底流にあるという。中絶反対派の義務論的・絶対的倫理観とキリスト教的な価値観について緒方は、②がいわゆる宗教と関わるが、「あらゆる宗教ではない。…それは、カトリック教会でありファンダメンタリストである<sup>247)</sup>」とする。結論はだせないが、根底には女性の社会進出、役割についての根深い女性間の対立があり、初期段階でカトリック教会やファンダメンタリストが中絶反対派の前面に立ったため、この義務論的・絶対的倫理観が問題解決のめどをつけられない状況に追いこんでいるという印象を受ける。

### 3.2.2 社会的課題と比較衡量アプローチ

社会的課題の改善・解決と比較衡量アプローチの可能性を探ることが本稿の目的の一つであり、ここまでの議論を整理しておきたい。まず、第一の視点である条項解釈の方法としての比較衡量である。2.1.2においてアレイニコフに言及し、第一期、第二期に裁判所は、条項解釈においてそれぞれの主張を利益におきかえ、その程度をはかる方法に気づいていたが、それをあえて採用せず、それぞれの主張をその内容で区別したカテゴリーにあてはめ判断する方法を採用した、と述べた。これは前者が程度という量的なもの、後者がカテゴリーという質的なものを重視するという意味で大きな違いを有している。したがって、Rochnerの時代に行政府との決定的な対立を経験し1938年の憲法革命を経て、第三期にその回避を模索していた連邦最高裁が、二重の基準とともに新たな条項解釈の方法として、1939年のSchneider判決や1945年のSouthern Pacific

242) 荻野 [2012] 208頁。

243) 平石 [1998] 258頁。

244) 平石 [1998] 259頁。

245) 緒方 [2006] 158頁。

246) 緒方 [2006] 158頁。緒方は95年と97年に現地で数多くの中絶擁護団体、中絶反対団体と面談をしており、見解はそれらの面談を踏まえたものである。

247) 緒方 [2006] 158頁。ただし、緒方はカトリック教会とカトリック信者の見解は必ずしも同じではなく、むしろ宗教心の篤い人々によるプロチョイス（中絶擁護）団体もあるとした。136-140頁、197-204頁。



判決でカテゴリーではなく比較衡量アプローチを採用したことは理解できる。

次に、比較衡量アプローチの特性を考える。アレニコフは「比較衡量の拡大は組織的とはいいいがたく、単に有用なときに現れるようにみえる<sup>248)</sup>」として、1986年当時の最高裁9名の裁判官すべてが意見のなかで比較衡量を採用した判例をあげたが<sup>249)</sup>、第一から第四までのいずれの視点とも共有する要素は見られず、まさに有用なときにのみ用いるという比較衡量の手法性が現れている。Roe判決におけるブラックマンの見解のように司法積極主義においても、第1修正の明白かつ現在の危険へのフランクファーターの反論や第4修正の違法証拠排除法則の範囲限定意見のように司法消極主義においても、同じように採用することが可能なのである。訴訟における裁判所の役割が当事者による相対する主張を考察し判断することであるという点から考えて、裁判官の立場からすれば、比較衡量はきわめて使いやすい手法である。逆にいえば、比較衡量は個々の事件における基準のとり方によっていかような判断もすることができ、裁判官の恣意的な判断を許容してしまうという批判につながる。手法性には、有用という好ましい点と、恣意的な判断という好ましくない点が併存している。後者から導き出される比較衡量の欠点の一つは、川岸のいうように「個別的な諸利益を衡量することに由来する事前の予見可能性の欠如であろう<sup>250)</sup>」。

第三に、そこで、この好ましくない点を是正するため、保護される憲法上の自由または権利あるいは利益を一定の価値判断であらかじめ定義することに

より、カテゴリー化を一部取り入れた定義づけ比較衡量が提唱されてきた。ここで、大きな社会的課題である中絶問題に比較衡量アプローチを用いたHellerstedt判決での適用を確認する。用いられるのは、3.1.2で述べたCasey判決の不当な負担基準の第二の二点と第二の三点、および文面上違憲の判断基準である。後者を前者と同様な形式で記述すると、第一に、検討する対象は、その規定が制約となっている集団であり、規定と無関係な集団ではないこと、第二に、規定は、関係する事例の大部分で女性に実質的な障害となるならば、不当な負担となり、文面上違憲となることである。不当な負担基準の第二の三点が認められれば、文面上違憲の判断基準の第二点もほぼそのまま認められるから、文面上違憲の判断をくだすには第一点が認められればよいことになる。問題の規制（規定）は、「中絶を実施または誘発する医師…は、中絶が実施されるか誘発される当日に、中絶が実施または誘発される場所から30マイル以内に位置する…病院に、有効な入院特権を有していなければならない<sup>251)</sup>」という入院特権要件と、「中絶施設の最低基準は、通院外科診療所に対する〔テキサス州安全衛生規約条項〕にしたがって採用される、最低基準と等しくなければならない<sup>252)</sup>」という外科診療所要件を定めるものである。これらを、不当な負担基準と文面上違憲の判断基準からみてどのように評価するかがポイントとなる。まず、第二の二点に関係する目的審査の部分は割愛して、第二の三点にかかる規制の効果（効用）をみると、Hellerstedt判決は連邦地裁の事実認定を引用し、入院特権要件が改善しようとした、母体

248) Aleinikoff (1987), at 964.

249) Aleinikoff (1987), fn. 126 at 964. 具体的には次のものである。United States v. Montoya de Hernandez, 105 S. Ct. 3304 (1985) (Rehnquist, J.) ; Tennessee v. Garner, 471 U.S. 1 (1985) (White, J.) ; Garcia v. San Antonio Metro. Transit Auth., 469 U.S. 528, 580 (1985) (O'Connor, J., dissenting) ; Plyer v. Doe, 457 U.S. 202 (1982) (Brennan, J.) ; Young v. American Mini theatres, 427 U.S. 50 (1976) (plurality opinion) (Stevens, J.) ; Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319 (1976) (Powell, J.) ; San Antonio Indep. School Dist. V. Rodriguez, 411 U.S. 1, 70 (Marshall, J., dissenting) ; Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) (Blackmun, J.) ; Block v. Meese, 793 F.2d 1303 (D.C. Cir. 1986) (Scalia, J.).

250) 川岸 [2018] 115頁。

251) Hellerstedt, 579 U.S., Opinion of the Court, at 1-2.

252) Hellerstedt, 579 U.S., Opinion of the Court, at 2.

の健康または安全の問題はそもそも存在せず、外科診療所要件は医学的に資するところがまったくないと判示した。そして、規制は女性に不当な負担を課す不必要な健康規制で、無効であるとしたのである。次に、文面上違憲の判断基準の第一点につき「テキサス州は、それらの法律によって影響を受ける女性は、テキサス州が Casey 判決が要求していると解釈する“出産可能年齢の”テキサス州の女性の“大部分”ではないため、ここで問題の規定は実質的な障害を課さないと主張<sup>253)</sup>」したが、法廷意見は「しかし、Casey 判決は、“大部分”という用語を“すべての女性”、“妊娠している女性”または“州によって特定されている中絶を求める女性の集団”よりさえも狭い集団である“[問題の規定]が関係する事例の大部分で”という意味で用いた<sup>254)</sup>」といい、「ここでは、Casey 判決におけるように、関係する分母は、“規制が無関係ではなく、むしろ現実に影響をあたえる、それらの[女性]”である<sup>255)</sup>」と結論した。検討する対象は、その規定が制約となっている集団であり、規定と無関係な集団ではないから、全女性や妊婦や中絶を求める女性ではなく、問題の規定（入院特権要件と外科診療所要件を示す規定）が関係する女性の集団である、としたのである。そして、第二点にしたがい、それらの女性の集団の大部分にとって当該要件は実質的な障害になるから、文面上違憲となとした。Casey 判決の文面上違憲の判断基準をそのまま適用したと解される。

このように、不当な負担基準と文面上違憲の判断基準の適用は確認できたが、これらを定義づけ比較衡量にまで質を高めていけるのか、文面上違憲の判断基準をさらに汎用的なものにしていけるのか、いまだわからない状態である。さらなる考察が必要となる。

## 今後の課題

中絶問題の本質には、女性の生き方や役割に関する女性間の意見の違いがあり、人間・生命についての妥協を拒絶するキリスト教的な義務論的・絶対的倫理観が解決をより困難にしているのではないかという知見がえられた。また司法部門による解決への貢献に関連し、比較衡量、とくに定義づけ比較衡量アプローチには可能性があると感じた。前稿における課題のなかで、若く貧しく知識もない女性が「分離し孤立した少数者」ではないのかという疑念を提示したが<sup>256)</sup>、比較衡量アプローチを用いた2016年の Hellerstedt 判決は今後に期待をいだかせるものであった。文面上違憲の判断基準について小竹は「異なった基準を正当化するような何か特別なものが…あれば、この2つの基準の使い分けは道理にかなう…かもしれない<sup>257)</sup>」というが、これは個人の私的権利（利益）と公共の利益の調整に大きな役割をはたせるように思われる。第一の課題は、文面上違憲の判断基準について、さらに考察を進めることである。文面上違憲の判断基準と比較衡量アプローチのなかでの不当な負担基準には大きな可能性があり、この理論的な精緻化は私的権利（利益）と公共の利益の紛争を解決することに資すると考える。第二の課題は、不当な負担基準自体の高度化、適用範囲の拡大をはかり、定義づけ比較衡量として完成させることである。こちらも有意義な内容をつくりあげられる可能性がある。第三の課題は、いずれも重いが、中絶問題に関する女性間の意見の違いの止揚と、義務論的・絶対的倫理観の克服の方法を模索することである。

253) Hellerstedt, 579 U.S., Opinion of the Court, at 39.

254) Hellerstedt, 579 U.S., Opinion of the Court, at 39.

255) Hellerstedt, 579 U.S., Opinion of the Court, at 39.

256) 高橋 [2020] 66頁。

257) 小竹 [2007] 31頁。小竹のいう2つの基準とは Salerno テストと Casey テストを意味する。注213) 参照。

## 参考文献

- 阿川尚之 [2013]『憲法で読むアメリカ史 (全)』筑摩書房
- 芦部信喜 [1974]『現代人権論—違憲判断の基準—』有斐閣
- 芦部信喜 [1994]『憲法学Ⅱ 人権総論』有斐閣
- 新 正幸 [2008]『憲法訴訟論』信山社
- 医療情報科学研究所編 [2018]『病気がみえる vol.6 免疫・膠原病・感染症 第1版』メディックメディア
- 緒方房子 [2006]『アメリカの中絶問題——出口なき論争』明石書店
- 荻野美穂 [2012]『中絶論争とアメリカ社会——身体をめぐる戦争』岩波書店
- 川岸令和 [2018]「比較衡量論 憲法上の権利の理解の深化に向けて」山本龍彦・大林啓吾編『違憲審査基準——アメリカ憲法判例の現在』弘文堂 91-123頁
- 小竹 聡 [2007]「アメリカ合衆国における妊娠中絶をめぐる法理の展開」同志社アメリカ研究 第44号 27-48頁
- 佐藤幸治 [2011]『日本国憲法論』成文館
- 高橋 靖 [2011]「法思想史からみた近代——技術的思想および産業化を中心に——」甲南法務研究 No.7 55-77頁
- 高橋 靖 [2012]「法思想および制度からみた現代——科学技術および生活世界を中心にした考察——」甲南法務研究 No.8 79-102頁
- 高橋 靖 [2015]「環境法からみたリスク社会」甲南法務研究 No.11 33-56頁
- 高橋 靖 [2016]「転換期をめぐる一考察——近代科学と環境法を中心に——」甲南法務研究 No.12 73-97頁
- 高橋 靖 [2018]「転換期とあるべき社会—環境調和性と分配における公正を中心に—」甲南法務研究 No.14 73-101頁
- 高橋 靖 [2019]「環境学からみた政治理論と司法の役割」甲南法務研究 No.15 37—65頁
- 高橋 靖 [2020]「アメリカ合衆国における応用倫理学と司法審査——社会的課題の解決をめぐる——」甲南法務研究 No.16 41-68頁
- 辻村みよ子 [2008]『憲法 [第3版]』日本評論社
- 戸松秀典 [2008]『憲法訴訟 [第2版]』有斐閣
- 中曾久雄 [2017]「ニュータイプの中絶規制の合憲性—Whole Woman's Health v. Hellerstedt」愛媛法学会雑誌 第43巻第3・4合併号 21-47頁
- 根本 猛 [2002]「人工妊娠中絶論争の新局面—Stenberg v. Carhart, 532 U.S. 914 (2000)—」法政研究7巻2号 185-206頁
- 根本 猛 [2008]「人工妊娠中絶規制の新判例—Gonzales v. Carhart, 550 U.S. 124 (2007)—」法政研究13巻2号 149-175頁
- 根本 猛 [2017]「人工妊娠中絶論争の現在—いわゆるTRAP法をめぐる—Whole Woman's Health v. Hellerstedt, 136 S.Ct. 2292 (2016)」法政研究21巻3・4号 27-77頁
- 平石隆敏 [1998]「生命倫理と社会的合意」加藤尚武/加茂直樹編『生命倫理学を学ぶ人のために』世界思想社 254-263頁
- 松井茂記 [2008]『アメリカ憲法入門 (第6版)』有斐閣
- 山川洋一郎 [1987]「利益衡量論」芦部信喜編『講座憲法訴訟 (第2巻)』有斐閣 301—345頁
- Aleinikoff, T. Alexander (1987), 'Constitutional Law in the Age of Balancing', "The Yale Law Journal", Volume 96, Number 5.
- ダイヤモンド, J. (倉骨 彰訳) [2012]『銃・病原菌・鉄 (上・下)』草思社
- ドゥオーキン, R. (水谷英夫/小島妙子訳) [1998]『ライフズ・ドミニオン 中絶と尊厳死そして個人の自由』信山社出版
- エマースン, T. I. (小林直樹/横田耕一訳) [1972]『表現の自由』東京大学出版会
- Nimmer, Melville B. (1968), 'The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy', "California Law Review", Vol. 56, 935, 942.
- ペンス, G. E. (宮坂道夫/長岡成夫訳) [2000]『医療倫理1 よりよい決定のための事例分析』みすず書房
- Prosser, William (1960), 'Privacy', "California Law Review", Vol.48, No.3.
- ローゼンブラット, R. (くぼたのぞみ訳) [1996]『中絶 生命をどう考えるか』晶文社
- Warren, Samuel D ; Louis D. Brandeis (1890), 'The Right to Privacy', "Harvard Law Review", Vol. 4, No. 5., pp. 193-220.

本稿におけるインターネットサイトのURLの最終アクセス日は、すべて2020年8月6日である。